

# O DIREITO DO CONSUMIDOR NA MODERNIDADE

**Coordenação:**  
**Plinio Lacerda Martins**  
**Paula Cristiane Pinto Ramada**  
**Edson Alvisi Neves**

ALLEN DOS SANTOS PINTO DA SILVA FILHO  
AMANDA COLCHETE PINTO  
BRUNNO PHILIPPE WERNECK SOARES  
BRUNO FALQUE RODRIGUES MARQUES  
CARLA MARIA DE BARROS GARCIA NUNES  
DANIELA JULIANO SILVA  
DIOGO DE SOUSA OLIVEIRA  
FELIPE LACERDA MOURA MARTINS  
FERNANDA CASTRO BRAGA  
GABRIEL LOPES ALFRADIQUE ALVES  
GABRIEL SANTOS CINTRA GOMES DE SOUZA  
GILVAN LUIZ HANSEN  
GISELLE AREIAS NEVES BRAGA  
IARA DUQUE SOARES  
ISABELLA FIGUEREDO VIEIRA  
JOÃO PEDRO VASCONCELLOS DE SÁ REGO  
JOEL DE LIMA PINEL JUNIOR  
JOSÉ SEBASTIÃO DE FARIAS FILHO  
JÚLIA DE MIRANDA GOROMAR  
LUCAS DA CRUZ BENEVIDES

LUCAS DE SOUZA E OLIVEIRA  
LUCAS OLIVEIRA DA COSTA MOREIRA  
MARCELLA DA COSTA MOREIRA DE PAIVA  
MARCO AURÉLIO SOUZA MENDES  
MATHEUS BAIA DE ANDRADE  
MATHEUS MASCARENHAS GUZELLA  
MYLENA DEVEZAS SOUZA  
PAULA CRISTIANE PINTO RAMADA  
PAULA LADEIRA VIDAL  
PEDRO FILGUEIRA DE SOUZA MARQUES  
PEDRO ODEBRECHT KHAUJAJA  
PLÍNIO LACERDA MARTINS  
RAPHAEL DEL MONTE SCHIAVI NODA  
RICARDO MOURA SANTOS  
RUBYA MOTHÉ LÊMOS DE MORAIS  
SAMANTA FRANCINE PINTO ALVARENGA  
TÁSSIA ROZA ALTOÉ  
TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL  
THIAGO ERIC DO MONTE BORGES  
VICTOR HUGO PACHECO LEMOS

**Organização:**

Thamyris Machareth Elpídio  
Lucas de Souza e Oliveira  
Pedro Odebrecht



# O DIREITO DO CONSUMIDOR NA MODERNIDADE

**Coordenação:**

**Plínio Lacerda Martins**

**Paula Cristiane Pinto Ramada**

**Edson Alvisi Neves**

**ISBN 978-85-94029-23-2**

ALLEN DOS SANTOS PINTO DA SILVA FILHO  
AMANDA COLCHETE PINTO  
BRUNNO PHILIPPE WERNECK SOARES  
BRUNO FALQUE RODRIGUES MARQUES  
CARLA MARIA DE BARROS GARCIA NUNES  
DANIELA JULIANO SILVA  
DIOGO DE SOUSA OLIVEIRA  
FELIPE LACERDA MOURA MARTINS  
FERNANDA CASTRO BRAGA  
GABRIEL LOPES ALFRADIQUE ALVES  
GABRIEL SANTOS CINTRA GOMES DE SOUZA  
GILVAN LUIZ HANSEN  
GISELLE AREIAS NEVES BRAGA  
IARA DUQUE SOARES  
ISABELLA FIGUEREDO VIEIRA  
JOÃO PEDRO VASCONCELLOS DE SÁ REGO  
JOEL DE LIMA PINEL JUNIOR  
JOSÉ SEBASTIÃO DE FARIAS FILHO  
JÚLIA DE MIRANDA GOROMAR  
LUCAS DA CRUZ BENEVIDES

LUCAS DE SOUZA E OLIVEIRA  
LUCAS OLIVEIRA DA COSTA MOREIRA  
MARCELLA DA COSTA MOREIRA DE PAIVA  
MARCO AURÉLIO SOUZA MENDES  
MATHEUS BAIA DE ANDRADE  
MATHEUS MASCARENHAS GUZELLA  
MYLENA DEVEZAS SOUZA  
PAULA CRISTIANE PINTO RAMADA  
PAULA LADEIRA VIDAL  
PEDRO FILGUEIRA DE SOUZA MARQUES  
PEDRO ODEBRECHT KHAUJA  
PLÍNIO LACERDA MARTINS  
RAPHAEL DEL MONTE SCHIAVI NODA  
RICARDO MOURA SANTOS  
RUBYA MOTHÉ LÊMOS DE MORAIS  
SAMANTA FRANCINE PINTO ALVARENGA  
TÁSSIA ROZA ALTOÉ  
TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL  
THIAGO ERIC DO MONTE BORGES  
VICTOR HUGO PACHECO LEMOS

**Organização:**

**Thamiris Machareth Elpidio, Lucas de Souza e Oliveira & Pedro Odebrecht**



**2020**

© 2020 Plínio Lacerda Martins; Paula Cristiane Pinto Ramada; Edson Alvisi Neves © Direitos de Publicação Editora UFF

---

MARTINS, Plínio Lacerda; RAMADA, Paula Cristiane Pinto; NEVES, Edson Alvisi. O Direito do Consumidor na Modernidade Niterói, RJ: Editora UFF, 2020.  
ISBN 978-85-94029-23-2 1.

Direito. 2. Direito do Consumidor. 3. Modernidade. 4. Cidadania.

---

\_\_\_\_\_ O conteúdo dos capítulos apresentados neste livro é de responsabilidade de seus autores. A reprodução do conteúdo está autorizada mediante citação de sua fonte.

## Apresentação

Os capítulos deste ensaio jurídico foram inspirados nos debates do conclave realizado por ocasião do Seminário de Direito do Consumidor na Faculdade de Direito na Universidade Federal Fluminense - UFF.

Em 2017, a Universidade Federal Fluminense - UFF. realizou o Seminário Jurídico “O Direito do Consumidor na Modernidade”, promovido pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN), convidando estudantes de graduação, pós-graduação e professores a participar do SEMINÁRIO DE DIREITO DO CONSUMIDOR.

No dia 28 de setembro de 2017, na Faculdade de Direito da UFF. foram realizados Grupos de Trabalhos, com apresentação de diversos trabalhos, divididos em Grupos temáticos com reflexos na sociedade contemporânea com temas relevantes tais como: A Empresa, Direito e Sociedade – A Democracia, Cidadania e Estado de Direito e Os Direitos humanos e consumo.

Os grupos temáticos foram coordenados pelos Professores Prof. Dr. Edson Alvisi Neves (UFF), Prof. Dr. Antón Lois Álvarez Fernández (UFF), Prof. Dr. Fernando Gama de Miranda Netto (UFF), Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen (UFF), Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior (UEL), Prof. Dr. José Ricardo Ventura Corrêa (Anhangüera) Prof. Dr. Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro (UFF), Prof. Dr. Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva (UFF) e a Profa. Dra. Célia Barbosa Abreu (UFF), rendendo nesse ato, as nossas homenagens e agradecimento pelo trabalho desenvolvido.

Por fim, não poderíamos deixar de reconhecer e agradecer o trabalho desenvolvido pelos acadêmicos Thamyris Machareth Elpídio, Lucas de Souza e Oliveira e Pedro Odebrecht, que não mediram esforços para a organização desta obra, registrando aqui o nosso muito obrigado!

Coordenadores da obra

## SUMARIO

<b>A ALIENAÇÃO DO CONSUMIDOR .....</b>	<b>4</b>
MYLENA DEVEZAS SOUZA .....	4
GABRIEL SANTOS CINTRA GOMES DE SOUZA .....	4
<b>A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR ENQUANTO LEGÍTIMO INTERESSE PRIVADO .....</b>	<b>23</b>
PLÍNIO LACERDA MARTINS .....	23
PEDRO ODEBRECHT KHAUAJA .....	23
FELIPE LACERDA MOURA MARTINS .....	23
<b>ARBITRAGEM COLETIVA.....</b>	<b>39</b>
GILVAN LUIZ HANSEN .....	39
MARCELLA DA COSTA MOREIRA DE PAIVA .....	39
GISELLE AREIAS NEVES BRAGA .....	39
<b>O EXTRAVIO DE BAGAGEM E A RESPONSABILIDADE DAS AGÊNCIAS DE TURISMO ...</b>	<b>61</b>
JÚLIA DE MIRANDA GOROMAR .....	61
<b>COEXISTÊNCIA: COMÉRCIO ELETRÔNICO E PROTEÇÕES DO CONSUMIDOR .....</b>	<b>74</b>
AMANDA COLCHETE PINTO .....	74
<b>A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E SERVIDORES PÚBLICOS DO RIO DE JANEIRO À LUZ DA LEI 7.553/17 .....</b>	<b>96</b>
CARLA MARIA DE BARROS GARCIA NUNES .....	96
<b>O CUMPRIMENTO FORÇADO DE OFERTA PUBLICITÁRIA: A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR DE BOA-FÉ NOS CASOS DE <i>PUFFING</i>.....</b>	<b>114</b>
MATHEUS MASCARENHAS GUZELLA.....	114
<b>PUBLICIDADE OCULTA: ENCOBRINDO DIREITOS NO FAZER PUBLICITÁRIO. ....</b>	<b>125</b>
GISELLE AREIAS NEVES BRAGA MARCELLA DA COSTA MOREIRA DE PAIVA MARCO AURÉLIO SOUZA MENDES JOSÉ SEBASTIÃO DE FARIAS FILHO THIAGO ERIC DO MONTE BORGES .....	125
<b>O RIGHT TO OPT OUT E O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO .....</b>	<b>149</b>
BRUNNO PHILIPPE WERNECK SOARES .....	149
TÁSSIA ROZA ALTOÉ .....	149
<b>O RECONHECIMENTO DA DUPLA VULNERABILIDADE JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO ENTRE CONSUMIDOR PESSOA FÍSICA E FORNECEDOR MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ....</b>	<b>171</b>
JOEL DE LIMA PINEL JUNIOR.....	171
<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO SOB A PERSPECTIVA DO DIÁLOGO DAS FONTES. ....</b>	<b>181</b>
FERNANDA CASTRO BRAGA .....	181

<b>A QUALIDADE NO ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR COMO ESTRATÉGIA EMPRESARIAL DE CONQUISTA DE CLIENTELA E POTENCIAÇÃO DO AVIAMENTO. .202</b>	
LUCAS OLIVEIRA DA COSTA MOREIRA .....	202
RUBYA MOTHÉ LÊMOS DE MORAIS .....	202
<b>RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO...226</b>	
PAULA LADEIRA VIDAL .....	226
ISABELLA FIGUEREDO VIEIRA .....	226
<b>OS MEIOS ALTERNATIVOS À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A INFLUÊNCIA DOS CONSUMIDORES NAS POLÍTICAS DAS EMPRESAS. 250</b>	
GABRIEL LOPES ALFRADIQUE ALVES .....	250
JOÃO PEDRO VASCONCELLOS DE SÁ REGO .....	250
PEDRO FILGUEIRA DE SOUZA MARQUES .....	250
<b>O DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DE NOVOS PARADIGMAS. ....265</b>	
LUCAS DE SOUZA E OLIVEIRA.....	265
<b>ACESSO À INFORMAÇÃO, ALIMENTOS TRANSGÊNICOS E RELAÇÃO DE CONSUMO: O DEVER DE INFORMAÇÃO DO FORNECEDOR COMO COROLÁRIO DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. ....281</b>	
DANIELA JULIANO SILVA .....	281
TAUÁ LIMA VERDAN RANGEL .....	281
<b>PERSPECTIVAS MERCADOLÓGICAS DA CIRCULAÇÃO DE DADOS PESSOAIS. ....304</b>	
PLÍNIO LACERDA MARTINS .....	304
PAULA CRISTIANE PINTO RAMADA .....	304
BRUNO FALQUE RODRIGUES MARQUES .....	304
<b>EDUCAÇÃO INCLUSIVA E DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E TEÓRICA DA ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO NA PROMOÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. ....321</b>	
IARA DUQUE SOARES .....	321
SAMANTA FRANCINE PINTO ALVARENGA .....	321
VICTOR HUGO PACHECO LEMOS .....	321
<b>AVANÇOS TECNOLÓGICOS E MODIFICAÇÕES NA RELAÇÃO CONSUMIDOR-FORNECEDOR .....337</b>	
LUCAS DA CRUZ BENEVIDES .....	337
RAPHAEL DEL MONTE SCHIAVI NODA .....	337
RICARDO MOURA SANTOS.....	337
<b>A REVISÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A REABILITAÇÃO PATRIMONIAL DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO: UMA ALTERNATIVA EFICAZ? .....352</b>	
MATHEUS BAIA DE ANDRADE .....	352

<b>UM LUGAR RESERVADO A CÉU ABERTO .....</b>	<b>382</b>
ALLEN DOS SANTOS PINTO DA SILVA FILHO.....	382
DIOGO DE SOUSA OLIVEIRA.....	382

## A ALIENAÇÃO DO CONSUMIDOR

Mylena Devezas Souza<sup>1</sup>

Gabriel Santos Cintra Gomes de Souza<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução 2 – O consumo além da necessidade 3 – A busca pela felicidade através do consumo 4 - A alienação do consumidor e o consumo pelo consumo 5 – Considerações Finais

**Resumo:** O presente artigo aborda a questão das relações de consumo a partir do anseio dos consumidores em adquirir produtos e serviços em ritmo desenfreado. Para além do atendimento das necessidades próprias dos consumidores, o ato de consumir transmutou-se em poderoso instrumento de inclusão social e de busca da felicidade, num fenômeno que se espalha pela sociedade em crescente velocidade. Trata-se de uma análise da denominada “sociedade de consumidores”, expressão que, segundo Bauman, designa o atual modelo de funcionamento social, em que o consumo, além de ser considerado direito dos cidadãos, é constantemente estimulado pelos atores econômicos e mesmo pelo setor público, a exemplo do que aconteceu com a recente liberação para saque de valores do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço pelo governo brasileiro com o objetivo de estimular a economia. Por fim, é abordado o método pelo qual o sistema da sociedade de consumidores se mantém, e sua influência exercida nas relações sociais e nos próprios consumidores, trazendo como consequência a alienação destes na cadeia econômica, que não necessariamente consomem produtos e serviços para o atendimento de suas necessidades, pelo desejo de inclusão social ou pela busca da felicidade, mas sim pelo simples ato de comprar: o consumo pelo consumo.

**Palavras Chave:** Sociedade de consumidores; alienação; consumo.

---

<sup>1</sup> Mestranda em direito e sociologia pela Universidade Federal Fluminense, pós-graduanda em direito e processo do trabalho pelo IBMEC-RJ, bacharel em direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

<sup>2</sup> Bacharel em direito pela Universidade Veiga de Almeida. Advogado.



**Abstract:** This article addresses the issue of consumer relations from the consumers' desire to acquire products and services in unbridled rhythm. In addition to meeting the needs of consumers, the act of consuming has become a powerful tool for social inclusion and the search for happiness, in a phenomenon that spreads through society at a fast pace. This is an analysis of the so-called "consumer society", an expression that, according to Bauman, refers to the current model of social functioning, in which consumption, besides being considered as citizens' right, is constantly stimulated by economic actors and even by public sector, as was the case with the recent release for the withdrawal of amounts from the Guarantee Fund by Time of Service by the Brazilian government with the objective of stimulating the economy. Finally, the method by which the consumer society system is maintained, and its influence on social relations and consumers themselves, is discussed, resulting in their alienation in the economic chain, which does not necessarily consume products and services for the service of their needs, their desire for social inclusion or the search for happiness, but for the simple act of buying: consumption for consumption.

**Key- words:** Consumer society; alienation; consumption

## 1) Introdução

Não se pode negar que a sociedade atual é uma sociedade consumista. Afinal a todo o momento o consumo ocorre, seja de produtos, informações ou mesmo fofocas, ora consumimos até a vida social das pessoas em decorrência do constante abastecimento das redes sociais com cada elemento do dia a dia, como um café, um encontro ou uma compra. Todas as atividades e novidades são postadas e compartilhadas nas redes.

Este quadro não é ausente de motivação. O consumo é estimulado pelas propagandas de rádio e televisão, *outdoors*, e, sobretudo pela internet, a partir de estratégias decorrentes do aumento da produção de bens e serviços, fruto de recentes avanços tecnológicos, e do ingresso no mercado de consumo de indivíduos de classes sociais desfavorecidas, além do avanço da cultura do descarte e da aparência.

Um produto ou serviço novo é disponibilizado no mercado em tempo recorde. Mais avançado ou com mais recursos que o anterior, deixa-o obsoleto em brevíssimo intervalo de tempo, sem necessariamente torná-lo inútil para o fim a que se presta. No entanto, não adquirir a novidade pode significar antes um risco a determinado *status* social desejado ou conquistado pelo indivíduo, que o desatendimento a uma necessidade real, fática ou econômica.

As pessoas deixam então de consumir pela necessidade do consumo, como no caso da compra de roupas ou alimentos, e passam a consumir por vaidade, adquirindo os produtos mais modernos e atualizados de modo que lhes garanta certo *status* social. Além disso, diante da constante contaminação publicitária em todos os meios de comunicação e da elaboração de boas campanhas de marketing, as pessoas passam a consumir apenas por consumir. Compram o produto que, muitas vezes, não lhe terá utilidade, mas apenas por se encontrar em promoção.

O consumidor então torna-se alienado à motivação que o leva a consumir desenfreada e frequentemente, consumindo sem de fato questionar a real necessidade da compra, muitas vezes com o objetivo de apenas obter certo *status* social.

## **2) O consumo além da necessidade**

O ato de consumir faz parte de nossa sobrevivência, conforme preceitua Bauman:

O consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos. (BAUMAN, 2008, p. 37)

Entretanto, atualmente o consumo tomou proporções superiores a simples necessidade de aquisição de certos produtos, deixando de ser mera questão de acesso aos bens como

fim, passando a se tratar atualmente, e principalmente, do acesso aos bens como meio e *status* social enquanto fim. É um consumo hedonista, ou melhor, de aparência.

### Segundo Rieping

A palavra hedonismo vem do grego hedonê, que significa "prazer", "vontade". Ou seja, o consumo hedonista caracteriza-se pelo princípio do prazer, do consumo de produtos e serviços que proporcionem prazer intrínseco. O consumo deixa de ser uma atitude para resolver uma necessidade, passando finalmente para o desejo de felicidade. Nem que seja momentânea. (RIEPING, 2012)

Assim, o consumidor irá comprar pelo prazer, mas também porque a aquisição de certos produtos ditos da moda passou a ser um fator importante para inclusão social, já que não possuí-los pode atrapalhar ou até mesmo impedir a participação em determinados grupos. A segregação social baseada na capacidade aquisitiva da pessoa inicia-se bem cedo, até mesmo dentre as crianças que excluem dos principais grupos aquelas que não possuem o tênis que acende a luz, ou alguns jogos famosos.

A divisão social continua com o passar dos anos, podendo até mesmo se agravar, já que há uma elevação do gasto necessário para a aquisição dos produtos socialmente importantes. Até porque com o passar dos anos é possível um aumento do poder aquisitivo pessoal através de sua inclusão no mercado de trabalho.

As exigências sociais vão se modificando de acordo com a idade e o grupo social que o consumidor entrega. Nos grupos de pessoas ditas de classe médias o gasto realizado para a manutenção da aparência perante os seus é menor do que naqueles grupos de pessoas com um maior poder aquisitivo.

O consumidor então precisa se adaptar ao grupo que integra ou que pretende integrar, de modo a atender as exigências e não destoar dos demais quanto aos bens possuídos. Pode-se exemplificar com o fato de que quando as pessoas ainda estão cursando a

faculdade, as exigências dos grupos sociais versam sobre produtos de pequena monta, como aparelhos eletrônicos e roupas.

Entretanto nos grupos em que os integrantes já possuem trabalho de renda fixa os questionamentos passam a versar sobre produtos com custo mais elevado, tais como automóveis e até mesmo imóveis. Ressalta-se que isso não excluiu as exigências anteriores de aquisição de produtos de pequeno porte e valor, ocorre apenas a agregação da exigência de aquisição de todos os produtos.

De modo a segregar até mesmo dentre aqueles que possuem certa capacidade financeira, passou-se a exigir a aquisição de produtos ditos exclusivos, que são lançados em quantidade limitada e possui um valor altíssimo se comparado com um similar não exclusivo. A disputa pela aquisição da exclusividade gera até mesmo filas para o dia do lançamento.

Para exemplificar este fenômeno pode-se narrar um caso ocorrido na cidade do Rio de Janeiro. Conforme informações retiradas do site de notícias G1, cerca de cento e trinta pessoas passaram a madrugada do sábado dia 24 de junho de 2017 em uma fila, acampadas na frente da loja Adidas Originals no bairro de Ipanema no Rio de Janeiro, para comprar um novo tênis lançado pela marca, o qual tem o design assinado por um rapper americano.

O tênis foi lançado na data anteriormente citada com o valor de mil cento e noventa e nove reais. Por ser edição limitada, poucos pares foram fornecidos e os cem pares recebidos pela loja foram vendidos em uma hora e meia, aproximadamente, sendo que após ter-se esgotado havia ainda cerca de quarenta pessoas esperando para adquirir o produto.

Esse acontecimento é uma ilustração da cultura do consumo por aparência, afinal apesar de ser um bem útil, um tênis de mais de mil reais tem a mesma utilidade de um tênis de cem ou duzentos reais. A compra daquele modelo exclusivo é necessária para o

consumidor para permitir a sua diferenciação dentre os demais, ao mesmo passo em que permite sua manutenção ou até mesmo elevação do *status* social.

### **3) A busca pela felicidade através do consumo**

A compra de produtos exclusivos e a sua exibição irá gerar uma felicidade momentânea, mas esta logo terá seu fim, então o consumidor irá buscar outro produto para adquirir e poder novamente se exibir pela sua aquisição. Ora, como preceitua Bauman:

A sociedade de consumidores talvez seja a única na história humana a prometer felicidade na vida terrena, aqui e agora e a cada “agora” sucessivo. Em suma, uma felicidade instantânea e perpétua (BAUMAN, 2008, p. 60)

A busca pela felicidade torna-se constante. A cada compra, o consumidor possui um lampejo de felicidade. Novas compras precisam ser realizadas a todo o momento, de modo que novos momentos de felicidade sejam obtidos pelo consumidor.

O consumismo, em aguda oposição às formas de vida precedentes, associa a felicidade não tanto à satisfação de necessidades (como suas “versões oficiais” tendem a deixar implícito), mas a um volume e uma intensidade de desejos sempre crescentes, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-la (BAUMAN, 2008, p. 44)

Fato é que atualmente constituímos a sociedade de consumidores, conforme ensinado por Bauman, uma sociedade onde o consumo é estimulado de todas as maneiras, para todas as pessoas, a qualquer momento. Esse tipo de sociedade, como dito anteriormente, promete a felicidade instantânea e perpétua, entretanto, não a entrega, já que o consumidor logo após a satisfação pela compra de certo produto desejado, é estimulado

a desejar outros produtos, de modo que está sempre desejando novos produtos, novas aquisições.

Essa alteração constante dos produtos desejados pelo consumidor é que possibilita a prosperidade do modelo atual da sociedade, conforme Bauman explica: “*A sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar perpétua a não satisfação de seus membros*<sup>3</sup>”.

Consegue-se assim a manutenção do modelo de sociedade de consumidores, já que estes nunca estão completamente satisfeitos, continuam a consumir na busca da felicidade.

A vida organizada em torno do consumo, por outro lado, deve se bastar sem normas: ela é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quererres voláteis – não mais por regulação normativa. (BAUMAN, 2001 p. 99)

As pessoas estão sempre em busca da felicidade, mais do que isso querem a satisfação de seus desejos, assim são atraídos pelas sedutoras propagandas, as quais são feitas com base em estudos e aperfeiçoamentos sobre como atrair o público alvo desejado. Assim, com o marketing bem elaborado o consumidor passa a ver naquele item a sua satisfação, e não há nada que se possa fazer que não seja adquiri-lo para que seja satisfeito e assim encontre a felicidade.

Além do mais há que se ter em consideração a quantidade infinita de produtos oferecidos aos consumidores. Se antes os produtos eram basicamente exclusivos, hoje é possível encontrar com pessoas na rua vestindo exatamente a mesma peça do vestuário. Para cada tipo de produto há diversas marcas, diversos modelos. Os produtos exclusivos deixaram de ser a realidade do cotidiano para se tornarem objeto de desejo e uma forma de diferenciação dos demais que utilizam os produtos confeccionados em massa.

---

<sup>3</sup> Bauman, 2008, p. 64

A exposição desses produtos se dá principalmente nas lojas de departamentos, as quais surgem no final do século XIX e início do século XX<sup>4</sup> trazendo grandes inovações já que passaram a reunir em um só espaço diversos produtos deixando o consumidor a possibilidade de comprar inúmeros ao mesmo tempo.

Rocha disse que:

A loja de departamentos da segunda metade do século XIX constituiu um novo espaço propício à conversão da produção em consumo, de um amálgama de materiais indistintos em um universo de artigos plenos de significados culturais. Como um ‘paraíso de consumo’ no qual todos os sonhos e desejos se materializam, o grande magazine buscava proporcionar à sua clientela, principalmente às damas burguesas, toda sorte de bens investidos de propriedades mágicas. (ROCHA, 2016)

Ora, o crescimento das marcas e o início dos primeiros grandes magazines, bem como dos super e hipermercados, passaram a trazer para o consumidor um estilo de consumo diverso, até então desconhecido, onde o próprio consumidor faz sua escolha na loja, possuindo total acesso aos produtos<sup>5</sup>.

Essa possibilidade de tocar os produtos, de tê-los a mão, possibilitou ao consumidor um melhor conhecimento sobre os itens a serem adquiridos, ao mesmo passo em que permitiu que os lojistas utilizassem de mais técnicas de sedução e marketing para realizar vendas de produtos diversos.

Ao falar sobre as técnicas de sedução nas grandes lojas e mercados, pode-se falar sobre as prateleiras de doces, balas e biscoitos que costumam ficar próximas aos caixas dos supermercados ou lojas de departamento, para que enquanto o consumidor aguarda sua vez na fila, possa ser seduzido a comprar algum dos produtos expostos.

---

<sup>4</sup> Varotto, 2006, p. 88.

<sup>5</sup> Varotto, 2006, p. 89.

Esse tipo de técnica é apenas uma das diversas utilizadas pelos lojistas, tais como as etiquetas de cores chamativas para indicar um item com preço reduzido e as grandes chamadas para liquidações onde teoricamente há diminuição do preço em toda a loja. Os vendedores se utilizam de diversos métodos a fim de aumentar as vendas, mesmo que por vezes tenha que reduzir o lucro, gastando algum dinheiro a mais com propaganda e outras coisas chamativas para seduzir o consumidor.

Essa sedução do consumidor pode ser feita por diversas áreas. A cada momento este pode ser seduzido por um objeto diverso, inicialmente pode ser por um modelo de roupa, posteriormente por um sapato, depois por um celular, e assim sucessivamente, de modo que cada hora seu desejo pode estar voltado para um tipo de produto específico. Realizando assim a troca sucessiva dos produtos possuídos, pelos modelos novos almejados.

Na sociedade de consumo, os bens não são descartados por deixarem de ser úteis, mas porque deixam de ser novos. No dinamismo do mercado reside o gérmen da cultura do descarte; do estímulo ao consumo desenfreado decorre a necessidade da liberação de espaço. O velho cede lugar ao novo, sem que outra razão haja para isso, a não ser o fato de que algo ficou ultrapassado, mesmo que do item mais moderno não haja necessidade.

Exemplo ilustrativo deste cenário de consumo instintivo e descartável é a sensação de que um passeio por um *shopping center* apenas encontra sentido se houver a possibilidade de consumir algo. Parece haver uma insuperável correlação entre o ato de ir a um *shopping center* e fazer compras, bem expressada na seguinte frase de uso corrente: “por que vou ao *shopping*, se não posso comprar nada?”.

A arquitetura desses espaços é pensada para induzir os frequentadores a passarem mais tempo neles e a consumirem, seja proporcionando sensação de segurança e conforto ou mesmo reduzindo a percepção de tempo decorrido. *Shopping centers* costumam oferecer estruturas bem iluminadas e espaçosas, refrigeradas, imunes à exposição do



ambiente externo e rodeadas de seguranças, tudo para que o consumidor se sinta confortável para passar mais tempo neles e comprar. De acordo com Giddens:

A confiança renovada do familiar, tão importante para um senso de segurança ontológica, é unida a percepção de que o que é confortável e próximo é na verdade uma expressão de eventos distantes e “foi colocada” no ambiente local ao invés de formar dentro dele um desenvolvimento orgânico. O shopping Center local é um meio onde uma sensação de tranquilidade e segurança é cultivada pelo acabamento dos prédios e pelo planejamento cuidadoso dos lugares públicos. Contudo, todos que fazem suas compras nesses lugares estão cômnicos de que a maioria das lojas pertence a cadeia de lojas, que podem ser encontradas em qualquer cidade, e que na verdade inumeráveis Shopping centers de projeto semelhante existem por toda parte (GIDDENS, 1991, p.154)

Essa criação baseada no familiar decorre da confiança em sistemas, que é explicada por Giddens:

A confiança em sistemas assume a forma de compromissos sem rosto, nos quais é mantida a fé no funcionamento do conhecimento em relação ao qual a pessoa leiga é amplamente ignorante. (GIDDENS, 1991, p 100)

Pode-se dizer que há quatro contextos de confiança, dentre eles a comunidade local<sup>6</sup>, assim a reprodução de um ambiente familiar aumenta a confiança do consumidor naquele espaço, possibilitando assim a efetivação do consumo. Assim, o próprio ato de consumir é baseado na confiança em sistemas abstratos, afinal “*a natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos*”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> GIDDENS, 1991, p. 115

<sup>7</sup> GIDDENS, 1991, p. 96

Ora, segundo o autor:

A confiança em sistemas abstratos é a condição do distanciamento tempo-espço e das grandes áreas de segurança na vida cotidiana que as instituições modernas oferecem em comparação com o mundo tradicional (GIDDENS, 1991, p. 126)

Há, portanto uma confiança do consumidor na aquisição do produto, não mais apenas quando a transação é feita pessoalmente. Atualmente, conforme Giddens explica, “*o dinheiro possibilita a realização de transações entre agentes amplamente separados no tempo e no espaço*”<sup>8</sup>, assim, tornou-se possível o consumo a distância, o qual gerou um aumento do fluxo internacional de produtos e serviços.

A ampliação da atividade comercial surgiu a reboque da globalização econômica e política. Com o incremento da atividade industrial e o avanço do comércio para além das fronteiras nacionais, a expansão do alcance dos meios de comunicação e o aumento do fluxo de pessoas ao redor do mundo, grandes produtores e fornecedores de produtos e serviços passaram a atingir consumidores numa escala sem precedentes.

Um dos significados disto, numa situação em que muitos aspectos da modernidade tornaram-se globalizados, é que “*ninguém pode optar por sair completamente dos sistemas abstratos envolvidos nas instituições modernas*”<sup>9</sup>.

A globalização e o aumento do fluxo de consumo importado trouxe também um aumento dos produtos disponíveis para consumo. Como Bauman já previa, “*no mundo dos consumidores as possibilidades são infinitas, e o volume de objetivos sedutores à disposição nunca poderá ser exaurido*” (Bauman, 2001 p. 94).

---

<sup>8</sup> GIDDENS, 1991, p. 34

<sup>9</sup> GIDDENS, 1991, p. 96

O que por muitas vezes não se percebe é que na realidade essa infinidade de opções não aumenta a felicidade do consumidor, mas sim a diminui, já que com uma maior possibilidade de escolha o consumidor precisa optar por uma dentre as opções, o que posteriormente lhe gera questionamentos se aquela escolha, se aquele produto adquirido foi de fato a melhor opção, ou se deveria ter optado por outro.

Para exemplificar a dificuldade do consumidor para escolher dentre os diversos produtos, pode-se utilizar a nova moda que conquistou principalmente os jovens e tem crescido a cada dia mais: os clubes de assinatura. O funcionamento acontece da seguinte maneira: mensalmente o consumidor faz um pagamento de um valor fixo, e em consequência recebe em sua casa produtos, mas estes não foram escolhidos pelo mesmo, mas sim pela empresa.

Há diversos tipos de clubes de assinatura, sobre diversos produtos, sejam livros, roupas, decoração de casa, bebidas, acessórios para pets, maquiagem e até mesmo de comida sem glúten. O clube de assinatura facilita a vida para aquele consumidor que não gosta de ter que escolher.

Este tipo de venda é benéfico para a empresa dona do clube de assinatura que possui uma renda fixa, como também para empresas de produtos relacionados ao clube, que pode utilizar do patrocínio de uma caixa, ou até mesmo vender produtos com descontos para compor a caixa, já que realiza uma grande venda, ao mesmo passo em que divulga seus produtos para diversas pessoas que até então desconheciam seu produto.

Esse modelo de clube de assinatura tem se espalhado pelo mercado, de modo que há cada vez mais clubes sobre os mais diversos produtos. Realizaram até mesmo uma adaptação deste modelo de venda para a venda tradicional, uma loja de roupas<sup>10</sup> a pedido da consumidora envia uma mala com alguns produtos para a sua casa, de modo que a mesma tenha a comodidade de receber os produtos em casa e escolher de uma seleção já feita, diminuindo suas opções.

---

<sup>10</sup> <https://www.leopoldinadresses.com/malinha>

Este modelo evita não só ter que se dirigir a uma loja como também outro problema comum da aquisição de itens de vestuário pela internet, que é a insuficiência do tamanho ou a aparência ser diversa da que sugeria o vendedor. Assim, o modelo de consumo se modifica diariamente para se adaptar às necessidades do consumidor.

Passou-se até mesmo a se consumir vídeos, criando novas figuras de emprego, os chamados *blogueiros*, *vlogueiros* ou *youtubers* dedicam sua vida a não somente abastecer as redes sociais, como também a criar vídeos sobre diversos temas. Ao atingirem certo número de visualizações há o recebimento de uma remuneração pela plataforma de vídeos.

Há diversos tipos de vídeos, desde receitas culinárias, a abertura e resenhas de produtos comprados de modo que o consumidor saiba quais os prós e contra antes de adquirir referido produto. A plataforma de vídeos passou a gerar sua renda com os anúncios de produtos veiculados aos vídeos, assim antes de assistir a um vídeo há uma propaganda cuja visualização é obrigatória.

#### **4) A alienação do consumidor e o consumo pelo consumo**

O consumo, portanto, aos poucos vai se modificando para se adequar o consumidor aos desejos atuais. Se antes fazia parte do cotidiano dos consumidores a ida a um supermercado para realizar as compras mensais ou semanais, atualmente isso já não é mais necessário, pois além das entregas em casa e das compras feitas pelo telefone, há um novo sistema em uso.

Esse sistema de abastecimento de produtos<sup>11</sup> é um serviço no qual a pessoa elabora uma lista contendo os produtos essenciais, aqueles que precisa em sua casa. Após a primeira lista, é realizada a entrega do pedido em até oito dias, mas nessa mesma compra já é possível agendar as próximas entregas da mesma lista, podendo então receber de forma

---

<sup>11</sup> <https://www.homerefill.com.br/>

mensal, quinzenal ou semanal, os produtos que precisa em sua casa. Além disso, é possível alterar no sistema a data da entrega ou os produtos da lista caso seja necessário.

O consumidor então não necessita mais ter que ir até o supermercado, ele sequer precisa elaborar a lista novamente, já que sua lista de compras fica gravada, não sendo necessário passar pela questão da escolha dos produtos novamente. Há no serviço inclusive listas de sugestão para certos tipos de pessoa: solteiro, solteira ou casal, de modo a facilitar ao máximo a vida do cliente.

### Segundo Bauman

O consumismo é um atributo da sociedade. Para que uma sociedade adquira esse atributo, a capacidade profundamente individual de querer, desejar e almejar deve ser, tal como a capacidade de trabalho na sociedade de produtores, destacada ('alienada') dos indivíduos e reciclada/retificada numa força externa que coloca a "sociedade de consumidores" em movimento e a mantém em curso como uma forma específica de convívio humano, enquanto ao mesmo tempo estabelece parâmetros específicos para as estratégias individuais de vida que são eficazes e manipula as probabilidades de escolha e conduta individuais. (BAUMAN, 2008 p. 41)

As empresas conseguem criar uma corrente de desejo pelo produto a partir da experiência de terceiros, a pessoa quer aquilo que o outro tem ou teve, há a cópia da conduta do grupo. O estímulo a esse comportamento é uma estratégia de marketing denominada *love brands*, muito comum entre marcas mundialmente famosas, e consiste em "conquistar o coração das pessoas", criar sólida confiança na marca.

Com base na confiança na marca o consumidor passa a comprar apenas por confiar nela, mesmo que por vezes haja outros produtos de diversas marcas que sejam mais atuais ou possuam mais recursos. A confiança do consumidor na qualidade do produto oferecido

garante a sua compra, ainda que não seja um produto extraordinário, diferente de diversos outros fornecidos no mercado.

Um grande aliado da possibilidade de compra de produtos que não se enquadram completamente nas condições financeiras do consumidor é o cartão de crédito, que foi o grande facilitador para a ampliação do consumo. Por meio da sua utilização pessoas com baixa renda podem adquirir produtos mais caros e parcelar o valor mensalmente de modo que possa ir aos poucos pagando pelo produto.

Os bancos passaram a disponibilizar mais crédito aos consumidores, por diversas vezes sem sequer exigir a comprovação de renda. Atualmente uma pessoa pode ter diversos cartões de crédito, afinal cada loja tem disponibilizado o seu próprio cartão, o qual gera descontos específicos para sua loja, ou até mesmo acumulo de pontos para troca de produtos.

Com mais facilidade de crédito e o constante estímulo para consumo, que por vezes gera aquelas compras de impulso, da qual o consumidor se arrepende depois, houve um aumento considerável de pessoas com dívidas, principalmente de cartão de crédito, os quais possuem juros altíssimos, fazendo com que a pessoa leve um bom tempo até que consiga de fato quitar sua dívida, isso quando consegue. Mas isso não impede que o consumidor consiga crédito em outros lugares e continue comprando.

O consumidor por diversas vezes ao chegar em uma das lojas de uma grande rede é questionado por vendedores durante a compra se não deseja realizar o cartão, e praticamente é empurrado para a mesa de modo a elaborar o cartão, as vezes quando nega, há ainda outra tentativa no caixa quando do pagamento da compra, onde o atendente sempre questiona se possui o cartão, e quando há a negatário oferece novamente a possibilidade de ter, por vezes oferecendo descontos para a primeira compra.

Bauman diz que a

Sociedade de consumidores, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas. (BAUMAN, 2008 p. 71)

Assim, o consumo continua sendo estimulado, ao passo que aquelas pessoas que não se adequam, que não possuem roupas ditas da moda, que não possuem os *smartphones* mais modernos são rejeitadas por toda a sociedade. Chegou-se a um ponto em que até mesmo quando uma pessoa viaja ao exterior, uma das questões feitas é o que ela adquiriu na viagem. Isso porque com as tarifas de importação, por diversas os produtos chegam ao Brasil com valores muito superiores aos praticados no exterior.

## **5) Considerações Finais**

O incremento acelerado do consumo pode retirar da necessidade social, isto é, do prestígio dele advindo, o protagonismo como causa primeira de sua prática reiterada. O ato de consumir atingiria determinado grau de repetição, a ponto mesmo de abandonar seu fim precípua de atender a necessidades fáticas, econômicas ou sociais, para se converter num fim e si mesmo: o consumo pelo consumo. Nesse sentido, esclarece Bauman, em *Vida para consumo*, que:

A vida do consumidor, a vida de consumo, não se refere à aquisição e posse. Tampouco tem a ver com se livrar do que foi adquirido anteontem e exibido com orgulho no dia seguinte. Refere-se, em vez disso, principalmente e acima de tudo, a estar em movimento (BAUMAN, 2008, p. 126)

Disto se extrai um abandono progressivo da racionalidade na sociedade de consumo. Se antes a aquisição de um produto ou serviço destinava-se a satisfazer uma necessidade social ou real do consumidor, fática ou econômica, agora ela se reveste de um caráter automático e autônomo, sem se destinar precipuamente ao oferecimento de qualquer utilidade ao adquirente.

Sob esse prisma, a sociedade de consumo corresponde a um modelo erigido sobre o consumidor alienado, que desconhece e deixa de exercer o papel por ele ocupado na cadeia produtiva: o de destinatário fático e econômico do produto ou serviço. Nesta configuração, tal qual acontecia com o trabalhador alienado do fordismo<sup>12</sup>, o ato de consumir assume feição puramente mecânica, dedicado mais à velocidade com que ocorre do que com sua real utilidade.

Assim como o trabalhador na esteira de produção, desenvolvendo a atividade que lhe compete à medida que o maquinário impõe a obrigação de executá-la, sem conhecer as demais etapas do processo produtivo e a relevância de sua atuação para o resultado final, o consumidor adquire produtos e serviços não para o atendimento de suas necessidades, mas como resposta automática a constantes incentivos de propagandas, anúncios publicitários e estratégias de marketing.

A premissa fundamental do consumo pelo consumo passa, então, pela desnecessidade do consumidor em relação àquilo que adquire. O objeto da aquisição deixa de ter por fim o oferecimento de qualquer utilidade ao consumidor e afigura-se de tal modo dispensável, que pode vir a ser descartado pouco tempo após a compra ou sequer ser utilizado. É a irracionalidade do consumo conduzindo à cultura do descarte.

Com o descarte o consumidor sempre consegue um espaço para um produto novo, para uma peça de roupa. Assim, quando vai ao *shopping Center* e compra uma blusa apenas porque passou na vitrine e achou bonita, o consumidor não precisa mais sequer justificar a necessidade de usar a blusa, ou até mesmo a manutenção de status social.

Com o modelo atual existente das lojas de departamento e *shopping Center*, o consumidor possui a liberdade de comprar por comprar, de comprar por estar passeando em um local repleto de lojas, e ter na compra uma forma de entretenimento. O consumo portanto, deixou de ter finalidade prática, deixou de ter qualquer finalidade, se não um

---

<sup>12</sup> ROSSO, 2008, p.57



fim em si mesmo a fim de manter e sustentar a sociedade de consumidores atualmente existente.

Como Rieping diz

A principal característica do consumo hedonista é a busca por prazer imediato, levando ao prazer dos sentidos, estimulando assim todos os aspectos emocionais. Um exemplo muito claro de consumo hedonista é: Depois de um expediente de trabalho, uma consumidora resolve ir ao shopping passear. Geralmente este passeio, sempre lhe custa um produto que adquire durante o caminhar pelas vitrinas. Mas, ela passa em frente a um salão e pensa "vou fazer as minhas unhas e arrumar meu cabelo. Porque eu mereço." Esta é uma constatação nítida de que, esta consumidora buscou naquele momento um serviço que lhe proporcionasse prazer.

Não podemos de forma alguma, confundir consumo hedonista com consumo por impulso, já que o consumo por impulso é caracterizado pela compra de um determinado produto ou serviço por outros estímulos e técnicas, tal como a promoção. Ainda, o consumo por impulso vem acompanhado daquele "peso na consciência" pós compra, dado como exemplo pelos pensamentos: "Gastei mais do que devia" ou "Eu não precisava desta camisa, mas agora já foi". (RIEPING, 2012)

Assim, seja pelo consumo hedonista ou pelo consumo de impulso, o consumidor por diversas vezes adquire algum produto ou serviço que na realidade não necessitava, podendo ainda se arrepender depois, principalmente quando a conta bancária fica próxima ou negativada.

A sociedade de consumidores promete a felicidade instantânea ao consumidor, porém não deixa claro os perigos enfrentados para ter essa felicidade, o endividamento é um dos inimigos dos consumidores, e a cada dia com o aumento das compras, ele também

umenta, criando um problema para os consumidores que podem se ver impedidos de alcançar a felicidade.

Assim, o consumidor segue sua busca insaciável pela felicidade ao mesmo tempo em que continua comprando, seja pelo mero status ou pelo simples prazer de efetuar a comprar em si, proporcionando a perpetuação da sociedade de consumidores.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

RIEPING, Marielle. *Consumidores hedonistas: quem são e como compram?* Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/marketing/consumidores-hedonistas-quem-sao-e-como-compram/62323/>> Data de acesso: 02/08/2017

ROCHA, Everardo. FRID, Marina. CORBO, William. *O paraíso do consumo: Émile Zola, a magia e os grandes magazines*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2016.

ROSSO, Sadi dal. *Mais Trabalho!: a intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo: Boitempo, 2008.

ROUVENAT, Fernanda; SOUPIN, Elisa. *Jovens 'acampam' em porta de loja em Ipanema para comprar tênis de R\$ 1,2 mil*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/jovens-acampam-em-porta-de-loja-em-ipanema-para-comprar-tenis-de-r-12-mil.ghtml>>. Data de acesso: 28/07/2017

VAROTTO, Luis Fernando. *A história do Varejo*. Revista ponto de vista vol. 5, nº01, fev/abr 2006. P 86 – 90. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/34379/33176>> Data de acesso: 01/08/2017.

## A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR ENQUANTO LEGÍTIMO INTERESSE PRIVADO

Plínio Lacerda Martins<sup>13</sup>

Pedro Odebrecht Khauaja<sup>14</sup>

Felipe Lacerda Moura Martins<sup>15</sup>

**Sumário:** 1. Introdução 2. Dicotomia Público-Privado e Direito Público e Privado. 3. A Esfera Individual no Ordenamento Brasileiro. 4. A Proteção de Dados Pessoais e sua Legitimidade como Interesse da esfera Privada. 5. Conclusão.

### **Resumo:**

O presente trabalho objetiva discutir, de forma teórica e em sentido amplo, a proteção de dados do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com os conceitos de interesse privado e esfera privada, assim como com a privacidade e a dignidade da pessoa humana. Busca ainda verificar a legitimidade da proteção de dados no que concerne o interesse individual.

**Palavras-chave:** proteção de dados; dados pessoais; interesse público; interesse privado; privacidade.

### **Abstract:**

The present paper is aimed at discussing, in theory and in broad sense, the protection of consumers personal data in the Brazilian juridical ordeal and it's relation to the concepts of private interest and private sphere, as well as privacy and the human persons dignity. It looks as well to verify the legitimacy of data protection in what concerns the individual interest.

**Key-words:** data protection; personal data; public interest; private interest; privacy

---

<sup>13</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal Fluminense; Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho; Professor de Direito do Consumidor e Proteção de Dados Pessoais na Nova Sociedade de Conhecimento na Universidade Federal Fluminense. Universidade Federal Fluminense (UFF), Faculdade de Direito de Niterói, Departamento de Direito Privado.

<sup>14</sup> Graduando em Direito, 5º (quinto) período, pela Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito de Niterói.

<sup>15</sup> Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Especialista em Direito Processual Civil com ênfase em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense-UFF. Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF. Advogado.

## **I – Introdução**

A sociedade ocidental do século XXI tem recebido a alcunha de “sociedade da informação” por parte de alguns sociólogos e estudiosos<sup>16</sup>. Isso vem da ideia de que o capitalismo, nesta fase pós-segunda guerra, monetizou a informação e a transformou em mercadoria. Mais do que isso, transformou a informação no tronco central de uma série de situações e práticas sociais. Assim, a sociedade estaria, segundo esses cientistas, plenamente dependente da informação, e a informação se tornou mais do que nunca uma poderosa arma.

Nesse cenário, tem-se discutido muito o tema da proteção de dados pessoais. Isto porque, acompanhando o próprio desenvolvimento tecnológico, tem surgido métodos diferentes para obter dados e métodos precisos para trabalhá-los. Desses dados, cada vez, se obtêm informações precisas e valiosas sobre pessoas. O direito recebe, então, uma difícil tarefa: ajustar-se para permitir o saudável desenvolvimento econômico de uma sociedade dependente da informação, ao mesmo tempo que protegendo os indivíduos sob sua égide dos abusos que possam ser cometidos. O direito econômico tem de ser cuidadosamente acompanhado pela dignidade humana.

O objetivo deste trabalho é, portanto, discutir a proteção de dados pessoais como interesse da esfera privada, essa esfera dentro da qual um indivíduo tem autonomia existencial e que se opõe à esfera pública, e a legitimidade desse interesse dentro do ordenamento brasileiro.

## **II – Dicotomia Público-Privado e Direito Público e Privado**

Uma das principais obras a discutir essa dicotomia é o livro organizado pelo professor Daniel Sarmento, “Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público”<sup>17</sup>. Apesar de o foco dessa obra ser esse princípio oculto do ordenamento jurídico, de que nas discussões teóricas devemos dar primazia ao interesse

---

16 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

17 SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

coletivo, que mais afeta o direito administrativo do que outras áreas, é inegável que o artigo de Sarmento dentro do livro pode ser transplantado para o direito civil.

Dentro do direito administrativo, o princípio em questão é usado principalmente para justificar prerrogativas que o Estado detêm e os particulares não<sup>18</sup>. Mas pensando no ordenamento de modo geral, vemos que esse princípio aparece muitas vezes ao longo de muitos anos de história dos direitos, normalmente no sentido de justificar alguma retirada ou diminuída de direitos de indivíduos pelo bem da sociedade. Pode-se rastrear essa ideia, principalmente, ao exercício contratualista<sup>19</sup>.

Claro que os contratualistas não foram os primeiros a conceber que a coletividade supera a individualidade. Inclusive, nas sociedades organizadas ao longo da história, essa foi a perspectiva dominante, mas com uma ressalva. Salvo algumas exceções, existia uma figura, individual ou na forma de um pequeno grupo, que tinha poder de determinar o que seria esse interesse coletivo. Na Europa imediatamente anterior ao contratualismo, porém, o cenário era ligeiramente diferente. Dentro do sistema feudal, os que detinham poder o detinham de forma independente da justificativa do desejo coletivo. O interesse coletivo não era o primado, e sim o desejo do líder legítimo, fosse rei, senhor feudal, papa, etc. O movimento contratualista veio como resposta aos problemas que surgiram desse modelo. O principal teórico a ser falado nesse momento é Rousseau, que nos apresentava com o termo “vontade geral da nação”.

O principal marco que diferencia a sociedade em que Rousseau desenvolve sua teoria das anteriores é o surgimento do Estado Moderno, que muitos teóricos creditam como única manifestação real do nosso conceito de Estado. Coincide com Rousseau a revolução francesa e a ascensão da burguesia na Europa continental. Com a burguesia, se faz presente a separação definitiva que marca a Modernidade subsequente entre a Esfera Pública e a Esfera Privada. Aqui, temos que remeter ao contratualista célebre anterior a Rousseau, John Locke.

---

18 DE MELLO, Celso Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010

19 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014

Locke coincide seu pensamento com a Revolução Inglesa, e legitima um Estado menos absolutista que Hobbes e mais focado no que mais tarde se mostrariam interesses da burguesia. Grande defensor da propriedade privada, por exemplo, Locke ajudou a definir postumamente certos postulados da própria revolução francesa.

O resultado, falando de modo geral, é que a ascensão da burguesia europeia se consolida com o Estado Moderno sendo legítimo representante da vontade geral da nação, tendo que respeitar os direitos naturais do homem. Esses são os chamados direitos fundamentais de primeira geração. Afinal, os contratualistas eram também defensores da teoria do direito natural. Como sabemos, o Estado nada mais é que uma entidade política sujeito às vontades de quem detêm poder. Por isso, não podemos dizer de fato que o Estado defendia o interesse da coletividade, mas o importante aqui é que essa se tornou a única justificativa possível para a legitimidade do poder Estatal. Não mais se podiam valer os governantes de outras justificativas independentes dessa.

A partir dos contratualistas, apesar de correntes futuras que discordaram dessa posição, o “interesse público” como interesse da coletividade se consolidou como principal argumento legitimador de ações de forma geral, não meramente estatais. Foi ponto central em medidas legislativas, e motivo de enormes discordâncias. A exemplo, vamos supor que se discutisse se o Estado tem legitimidade para intervir ou não em determinado setor da economia. É comum que um lado, a favor da intervenção, diga é do melhor interesse para a coletividade que o Estado intervenha. Mas o outro lado, muito provavelmente, responderá que é do melhor interesse da coletividade que o mercado não tenha intervenção. Fato é que hoje o interesse público ainda figura como central nas discussões teóricas, que muitas vezes giram em torno de qual seria o verdadeiro interesse coletivo<sup>20</sup>.

Com o iluminismo e a revolução francesa, a Europa consolida a ascensão da burguesia, e esta traça na política seus planos de existência. Mas, como foi dito, a burguesia não era cega para a possibilidade de exageros pelos que detêm poder<sup>21</sup>. Toda a teoria dos direitos naturais serviu

---

20 SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

21 ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2007.

para que a burguesia se protegesse, ou protegesse aquilo que lhe interessava, de abusos. Depois da burguesia, esse método foi seguido repetidas vezes, ainda que aparte da própria teoria dos direitos naturais e suas variantes. Assim, direitos e o próprio Direito foram usados repetidas vezes para que algum coletivo se protegesse de abusos por parte de quem detivesse força. E de fato, como o Estado na modernidade burguesa tem monopólio do uso da força, essas proteções constantemente eram contra a máquina estatal. Outras classes, por exemplo o movimento operário, buscaram se proteger através do Estado dos abusos cometidos por indivíduos e grupos sociais diversos.

Uma das obras essenciais para elucidar essa dicotomia é a “Mudança Estrutural da Esfera Pública” de Habermas<sup>22</sup>. Quando lemos essa obra, podemos extrair uma síntese do que foi a criação da esfera pública burguesa que define até o hoje o lugar imaginário de onde retiramos os interesses coletivos. Vamos somar a essa obra a “Condição Humana” de Hannah Arendt. Disso, resulta a importância do conceito de interesse público para a democracia moderna. Como ficou definido pelas teorias democráticas, baseadas na estrutura ateniense de política e vida social, que o coletivo de cidadãos deve definir na esfera pública e em conjunto o destino da nação, vemos que no fundo o interesse público, que pode ser considerado a vontade gerada por essa discussão, figura como bússola das ações estatais de um modo geral. Lógico que pensar que exista, de fato, um “interesse público” claro que resulte das discussões democráticas e agrade a todos em certa medida é um pouco ingênuo. A democracia é palco da luta de interesses e das relações de poder que sempre existiram. Mas, hoje, ter poder é conseguir influenciar determinadamente na formação da ideia geral de interesse público.

O direito como conhecemos é subproduto do mundo burguês. Funciona segundo a modernidade, e existe dentro dessa lógica. Assim, a grosso modo, se divide também em público e privado. A divisão romana clássica é aproveitada e transmutada para o Direito Público e Direito Privado como conhecemos. Isso quer dizer que o direito tende a enxergar o mundo que lhe cabe na dualidade, e por isso temos institutos que proíbem certas ações por parte do Estado, ou lhes restringe bastante. Temos outros institutos, frutos da superação do Estado Liberal, que regem como devem ser as relações contratuais entre partes individuais. E é aqui o ponto central: o

---

22 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, 2014

direito, apesar de enxergar ainda em público-privado, não mais é obrigado a se pautar por essa divisão.

O direito é relação de poder, e é resultado das lutas sociais. Mas as lutas sociais são tão complexas dentro da sociedade moderna, que o direito se tornou uma espécie de monstro do Dr. Frankenstein. É um remendo de institutos que servem aos mais diversos interesses, muitas vezes contraditórios entre si. O mesmo direito que isenta de impostos grandes fortunas obriga empregadores a dar férias. Essa colcha de retalhos naturalmente mostra que o suposto interesse coletivo não é tão claro assim<sup>23</sup>. Além de ser indeterminável em sua plenitude – somente podendo ser determinado pelas próprias relações sociais – é mutável e flexível.

A antiga divisão entre público e privado, e Público e Privado, já não é mais funcional como outrora. Mas, nesse momento de possível transição, ainda representa a forma essencial com que pensamos o direito. Sarmiento pontua que, historicamente, vimos dois tipos de sociedade. A organicista prioriza o interesse do coletivo; a individualista prioriza o interesse individual. Ao longo da modernidade, com especial ênfase no século XX, vimos uma evolução do raciocínio que envolve essa questão. Desde o surgimento das noções modernas de direitos naturais, tivemos a tendência de criar direitos que seriam inerentes à condição humana e portanto imunes ao toque da coletividade. Ao mesmo tempo, com a sofisticação dos aparatos democráticos tivemos uma crescente crença nos processos de formação do interesse coletivo, e portanto uma crescente crença na própria noção de que o interesse da sociedade em si deve prevalecer.

Mas o século XX foi marcado por duas guerras em escala global, e ataques abertos a determinados grupos sociais, ataques elevados à níveis industriais. Foram os acontecimentos sociais do século XX que nos empurraram para o cenário atual. Houve um entendimento generalizado em grande parte da comunidade global de que precisávamos criar mecanismos que permitissem ao mesmo tempo anular certos interesses individuais que fossem danosos, enquanto garantindo a preservação de outros interesses também individuais que não poderiam ser

---

23 SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.



atropelados pela vontade da maioria. Surgem os direitos fundamentais, as constituições mais modernas e as teorias de ponderação.

O movimento foi justamente o de dar certas garantias para o corpo social, garantias de que a esfera individual seria respeitada tanto pelo Estado quanto por outros indivíduos, mas também garantias de que, quando fosse necessário, o próprio corpo social veria seus interesses, se realmente fossem urgentes, efetivados. E é por isso que juristas hoje falam da superação da *summa divisio* clássica. Gregório Assagra<sup>24</sup> fala de uma nova divisão, por exemplo, entre direitos individuais e direitos coletivos. No fundo, hoje temos direitos que protegem a esfera individual de autonomia e atuação, e outros que protegem a esfera pública.

### III – A Esfera Individual no Ordenamento Brasileiro

O tema anterior nos leva à seguinte necessidade: mostrar que a esfera individual é protegida pelo ordenamento brasileiro. Para isso, não é necessário, apesar de talvez em outro momento ser útil, um levantamento de todas as normas que se relacionam a essa esfera. Basta uma análise cuidadosa dos princípios que regem nosso ordenamento.

Por culpa do próprio desenvolvimento histórico da sociedade, como falamos acima, é nos direitos fundamentais que encontramos hoje a melhor forma de verificarmos a existência da esfera privada. Mas antes de entrarmos nessa questão, é preciso discutir uma segunda categoria de direitos, também muito ligada à esfera privada e, de certo modo, à própria lógica burguesa. Fala-se aqui dos direitos da personalidade.

Como pontua José de Oliveira Ascensão<sup>25</sup>, “Não há equivalência entre direitos fundamentais e direitos da personalidade”. Essa posição é bastante típica do direito português, e se verifica na doutrina do constitucionalista Gomes Canotilho, que defende, de modo geral, os direitos

---

24 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

25 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral, vol 1*. São Paulo: Saraiva, 2010.

fundamentais como regendo a relação entre indivíduo e estado somente. De fato, os direitos da personalidade tem sua própria evolução e seu lugar mais que consolidado no direito. Nesse ponto, Ascensão acertadamente associa os direitos da personalidade com o surgimento do moderno conceito de pessoa, e preconiza o estudo dessa disciplina em separado da constituição. Como o direito brasileiro carrega também a marca histórica de desenvolvimento dos direitos da personalidade antes dos direitos fundamentais (em muito devido ao nosso histórico de codificação particular), é importante tratarmos desse tema nesse momento.

Sim, é fato que os direitos da personalidade carregam uma importância mister e não se pode ignorar seu estudo simplesmente para focar na constituição. E há de se concordar também com Ascensão que foram removidas dos direitos de personalidade todas as discussões éticas, e esse esvaziamento foi causa e também efeito da mudança para os direitos fundamentais.

Mas a doutrina brasileira, em peso, adere à tese de eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais. Grandes constitucionalistas defendem a posição, e notadamente temos uma obra de Ingo Wolfgang Sarlet nesse sentido, “A Eficácia Dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”<sup>26</sup>, tal qual uma de Daniel Sarmento, “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”<sup>27</sup>.

Desse modo, ainda que se fale em direitos da personalidade no Brasil, e esse tema tenha sua importância, são os direitos fundamentais hoje que tratam primordialmente da esfera privada e sua existência. A mudança de paradigma do direito civil para o direito civil constitucional acarretou, ainda que não na superação dos direitos da personalidade, numa apropriação de funções no esquema geral do ordenamento jurídico<sup>28</sup>.

---

26 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

27 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

28 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

Ademais, é importante notarmos que os direitos da personalidade estão, nitidamente, ligados ao direito privado, e mais especificamente ao direito civil. E o direito civil é o ramo do direito onde a burguesia primeiro desenvolveu sua visão de mundo jurídico. Por isso mesmo, se falamos na superação, ainda que vagarosa, da antiga *summa divisio*, é preciso que a discussão sobre esfera pública e esfera privada seja movida para os direitos fundamentais. Se mantivermos a discussão ligada aos direitos da personalidade, ela se esvazia nos outros ramos do direito, como o direito penal ou mesmo o direito administrativo. E se dividirmos a discussão, travando uma no direito civil outra no direito penal e outra no direito administrativo, perderemos a unidade jurídica do tema debatido, o que pode acarretar em divergências danosas ao entendimento sobre esfera privada.

Os direitos humanos também são tema que deve entrar nessa seara. O princípio geral da dignidade da pessoa humana nasce da lógica moderna com que enfrentamos os problemas jurídicos, muito ligada ao mundo do pós-guerra e às doutrinas da segunda metade do século XX. A principal fundamentação para falarmos de uma esfera individual autônoma é a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>29</sup>. Não é como se esse documento anulasse a história anterior, mas é um marco demasiado forte na caminhada da civilização ocidental. Desse marco, seguem-se os direitos fundamentais como entendemos hoje, e neles se realiza, dentro do ordenamento, a esfera privada. No Brasil, é seguro dizer que para verificar a existência ou não de uma esfera individual autônoma e independente basta uma leitura dos artigos 5º e 6º da Carta Magna, chegando a um resultado positivo<sup>30</sup>.

Como afirma Daniel Sarmiento, a Constituição brasileira, pela sua própria escolha de ser uma carta relativamente abeta, se situa igualmente distante do utilitarismo, do liberalismo e do organicismo<sup>31</sup>. É uma Constituição que não escolhe uma posição dentre essas, e por isso mesmo escolhe a posição da ponderação. Assim, não há de se falar nem de uma supremacia do interesse público, nem de uma supremacia do interesse coletivo. Mas há de se falar na existência dessas duas esferas, sem que uma englobe a outra.

---

29 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2015

30 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014

31 SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

#### IV – A Proteção de Dados Pessoais e sua Legitimidade como Interesse da Esfera Privada

Dados são o estágio pré-informação. São os dados que compõe a informação, e portanto são dados pessoais os dados suscetíveis de compor uma informação pessoal. Quando alguém coleta uma série de dados pessoais, forma um banco de dados. Esse banco de dados é a principal forma hoje de se criar a informação pessoal, e é o principal objeto de preocupações de ordem jurídica<sup>32</sup>. Existem inúmeras discussões girando em torno de questões autorais, econômicas, comerciais. Aqui, neste trabalho, nosso foco é a problemática de coexistir um mercado inteiro dependente dos bancos de dados e das informações com a esfera individual autônoma.

Como se sabe, a informação no século XXI foi monetizada como nunca antes. Existe uma categoria de negócios econômicos gigantesca que depende do fluxo de informações sobre pessoas<sup>33</sup>. Um dos aspectos desse mercado, o lado aparentemente legal, se interessa pelas pessoas por elas serem consumidores. Assim, empresas podem fazer estratégias de marketing, por exemplo, sabendo informações sobre cada potencial cliente especificamente. Existe, porém, um lado mais escuso dessa moeda. Informações pessoais podem ser usadas para espionagem, chantagem, ou exclusão social baseada em cor ou credo. Esse uso também tem um retorno financeiro considerável. Há, também, a preocupação com o uso por Estados autoritários ou mesmo regimes democráticos mal-intencionados.

A proteção de dados pessoais é, no direito, um derivado do direito à privacidade<sup>34</sup>. Esse direito humano tem inúmeras facetas e já foi amplamente debatido na doutrina, mas nunca na história recebeu a atenção que recebe hoje e receberá nas próximas décadas. Como nos mostra Rodotà<sup>35</sup>, a privacidade surge como um privilégio muito mais do que como direito. Após a burguesia usurpar o lugar dos aristocratas, e a propriedade substituir os títulos de nobreza, a privacidade

---

32 DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro. Renovar, 2006.

33 RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2017

35 RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

ganha a categoria de direito, mas sempre associada à própria propriedade privada. Weber costumava dizer que nunca houve privacidade na classe operária.

Inicialmente, o direito à privacidade funcionava nas modas do que os norte-americanos chamam de “*right to be left alone*”. Ou seja, era uma barreira que determinava onde começava a esfera privada à que o coletivo só poderia observar e intervir quando lhe fosse permitido pelo “proprietário” dessa esfera. Mas com a evolução dos direitos sociais, e o afastamento do paradigma liberal, a privacidade sofreu uma série de mudanças jurídicas e alcançou o patamar de direito fundamental. Na Alemanha, o tribunal superior deu o segundo grande passo quando falou sobre a autodeterminação informativa, que é o direito que um indivíduo tem de reinar sobre suas próprias informações.

É claro que esse direito não é absoluto, e cada sociedade sempre teve suas particularidades legais e doutrinárias. Nenhum país, por exemplo, trata a privacidade de um ator famoso como trata de um cidadão qualquer, mas os países as diferenciam de formas distintas.

O mais importante sobre o direito à privacidade é que o direito que surge burguês, apesar das mudanças sofridas que o socializaram, carrega ainda hoje o peso de ser conectado à propriedade privada. Em certo sentido, pensamos a privacidade hoje na lógica burguesa, em termos de posse. Também está intimamente ligado ao paradigma individualista que marca a própria burguesia. Essencialmente, o conceito moderno de privacidade é um resultado do conceito moderno de esfera privada, e por isso o colocamos aqui como elemento vital da própria esfera individual.

Através da privacidade, conseguimos delimitar onde termina a esfera privada e começa a pública<sup>36</sup>. Hoje, a esfera pública funciona muito como residual da esfera privada. Ou seja, muitas vezes é esfera pública aquilo que não é esfera privada; se não está, portanto, protegido pela privacidade, é público. A dualidade com que trabalhamos hoje, público-privado, não permite uma terceira categoria conceitual.

---

36 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, 2014

É claro que a privacidade não é o único fator determinante sobre o que é ou não parte da esfera privada de alguém. A verdade é que privacidade, desde seu surgimento, é sobre informação. Quando o primeiro nobre colocou portas em seu quarto, privou pela primeira vez os outros de acesso à informação pela via visual. E esse tipo de bloqueio de informação seguiu sendo a principal função da privacidade. Era o direito de que ninguém ouvisse o que você fala dentro de sua casa. O direito de que ninguém saiba quais são seus fetiches sexuais, ou que você possa não ter sua crença religiosa revelada a esmo.

E por isso a privacidade é tão essencial para a esfera privada. A esfera privada é o terreno imaginário em que o indivíduo determina os acontecimentos, na medida do possível. É claro que existe um limite; a natureza impõe que devemos beber água, mas cada um decide quanto, quando, onde, todos os detalhes; a lei impõe que você deve declarar seus bens, mas você decide quais bens terá para declarar. A esfera privada não é marcada pela ausência completa de intervenção das coisas externas, mas sim pela legitimidade das decisões individuais sobre os acontecimentos. Ou seja, é na esfera privada que um indivíduo pode decidir sobre as coisas e essas decisões serão legítimas.

Como consequência disso, a privacidade se torna importante no delinear dessa esfera. É a privacidade que mostra onde a informação, parte essencial do agir humano, se torna componente da esfera individual. Por isso o supremo tribunal alemão trouxe o conceito de autodeterminação informativa. Se a informação faz parte dessa esfera de domínio exclusivo do indivíduo, nada mais sensato que o indivíduo ter o poder legal de decidir sobre essa informação<sup>37</sup>. Assim, passamos de uma posição passiva (direito de ser deixado só) para uma ativa (direito de controlar sua própria informação).

Sarlet nos mostra que falar de autodeterminação informativa é falar de proteção aos dados pessoais. Esse mecanismo teórico é que permite ao indivíduo o controle sobre os dados que geram informações sobre si. Seguindo o mesmo raciocínio de mudar da posição passiva para a ativa, o constitucionalista defende que proteger dados pessoais hoje envolve não só garantir que

---

37 SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2017

agentes externos não tenham acesso aos dados, mas sim garantir que o indivíduo cujos dados são coletados (já que no século XXI é impossível impedir a coleta por inteiro) tenha uma forma de impedir a coleta mas também conhecer de qualquer dado que tenha sido coletado, retificá-los, conhecer a finalidade da coleta e a identidade dos coletores.

A doutrina constitucional mais atual vai justamente associar a proteção de dados pessoais ao livre desenvolvimento da personalidade e portanto ao princípio que, segundo os cientistas do tema, mais interessa à constituição: a dignidade da pessoa humana. Nessa ótica, é vital para o desenvolvimento da pessoa que ela detenha controle sobre suas próprias informações. Esse controle é assim tão crucial porque, como explicaremos mais a frente, é o que obsta que agentes externos neguem a esfera privada.

Muitas constituições já colocam a proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo de forma explícita. Apesar de a nossa Carta Magna não dedicar espaço próprio para isso, já é consolidado na doutrina que de fato é direito fundamental garantido. Danilo Doneda<sup>38</sup> dedica um artigo a demonstrar a presença desse instrumento jurídico na nossa constituição. E faz pleno sentido, já que, como foi dito, os direitos fundamentais são os grandes responsáveis hoje por gerar ou assegurar (a depender da teoria geral do direito que se escolha seguir) a esfera privada.

A principal importância de tratarmos os dados pessoais dessa maneira é tornar sua proteção um direito autônomo, separado da privacidade. Apesar de ser um direito que deriva dessa, aquele ganha um grau de valoração no ordenamento que permite colocá-lo num patamar diferente dos que acompanham a privacidade mas não tem autonomia. Não somente isso permite um maior grau de efetividade, mas também inclui esse direito na teoria da ponderação. Assim, temos uma base legítima para discutir a proteção de dados, em separado da privacidade, contra o direito à informação, por exemplo; ou mesmo contra uma necessidade coletiva como poderia ter sido feito na época dos atentados contra as Torres Gêmeas.

---

38 DONEDA, Danilo. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. Joaçaba: Editora UNOESC, Revista Espaço Jurídico. v. 12 n. 2, 2011

A proteção de dados pessoais tem um carácter relacionado à privacidade, mas tem outro que vem de um lugar distinto. Como estamos falando aqui de dados que vão gerar informações pessoais, estamos falando de um tópico sensível para a chamada sociedade da informação. A informação é central na sociedade do século XXI e por isso os dados pessoais não tratam somente de invadir a esfera privada, mas sim de anulá-la por completo. Cada vez mais, tecnologias permitem que, através de uma certa quantidade de informações, se adquira um perfil completo das pessoas. E mais, a tecnologia permite que através desse perfil se modifique ou mesmo interfira diretamente nas vidas individuais.

Falamos aqui desde práticas que ferem direitos do consumidor até manipulações políticas em larga escala. Por conta dessas novas questões relacionadas aos dados e informações, o direito a proteção de dados pessoais representa mais do que só o essencial para garantir a privacidade. Representa também um último baluarte para defesa da esfera individual e sua autonomia. As principais formas de negar a esfera individual hoje se valem do uso de informações pessoais, seja por parte de outros indivíduos ou empresas e afins, seja por parte do próprio Estado. Nesse cenário, os mecanismos legislativos e jurídicos que podem ser criados no que diz respeito à proteção de dados pessoais podem representar uma real defesa da esfera privada contra ataques que não mais, necessariamente, partem da própria esfera pública, mas muitas vezes de outros agentes privados; mas sempre objetivam a negação da autonomia da esfera individual.

## **V – Conclusão**

A superação da divisão clássica entre direito público e direito privado já está em curso, e isso acarreta uma reorganização das esferas pública e privada. Ao mesmo tempo, a sociedade da informação se fortifica e corremos um risco real da negação da autonomia da esfera individual; sem autonomia, a esfera individual só existe aparentemente e não de fato.

É nessa situação que discutimos o tema da proteção de dados pessoais e sua relação com a esfera privada. Estando esse instituto jurídico tão conectado com a privacidade, parece desnecessário estudar a temática, que se resolveria de forma óbvia. Mas a verdade é que a



proteção de dados pessoais hoje já se tornou independente da privacidade, e representa mais um aspecto da esfera privada que deve ser resguardado.

Enquanto direito fundamental, a proteção de dados pessoais está intrinsecamente ligada aos interesses da esfera privada. Lógico que é possível falarmos em uma proteção dos dados governamentais, por exemplo; ou mesmo dos dados empresariais. Ambas são discussões legítimas e necessárias. Mas aqui, buscamos entender a proteção dos dados pessoais no seu sentido mais delicado, como legítimo interesse da esfera privada.

E, de fato, fornecer mecanismos para que um indivíduo alcance a autodeterminação informativa parece o único caminho que impede a negação da esfera individual. Hoje, controlar informação é controlar a situação e, muitas vezes, a própria existência. Muito mais do que no século passado, a tendência é que a batalha por informações se torne mais severa. Os legisladores e juristas precisam se atentar para a mudança drástica nesse campo de discussão, em especial as mudanças das doutrinas jurídicas e das tecnologias.

Por fim, fica evidente que a esfera individual tem na proteção dos dados pessoais seu interesse mais urgente. A legitimidade desse interesse está fundada nos direitos fundamentais, na própria dignidade humana e também no princípio geral da privacidade, levando em conta a mudança estrutural deste último nos últimos anos.

## **VI – BIBLIOGRAFIA**

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Rio de Janeiro. Forense Universotária, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: teoria geral, vol 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2015

- CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.
- DE MELLO, Celso Bandeira. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2010
- DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro. Renovar, 2006.
- DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Joaçaba: Editora UNOESC, Revista Espaço Jurídico. v. 12 n. 2, 2011
- HABERMAS, Jurgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: Editora UNESP, 2014
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010
- RODOTÀ, Stefano. A Vida na Sociedade de Vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito CONstitucional. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2017
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.
- SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.
- SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

## ARBITRAGEM COLETIVA

Gilvan Luiz Hansen <sup>39</sup>

Marcella da Costa Moreira de Paiva <sup>40</sup>

Giselle Areias Neves Braga <sup>41</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Novos Rumos no Direito Ambiental; 1.1 Tutela do Ministério Público; 1.2 Do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta; 2 Arbitragem no Direito Ambiental; 2.1 Da Arbitrabilidade do Dano Moral Ambiental; 2.2 Da Patrimonialidade do Direito ao Meio Ambiente Equilibrado; 2.3 Do Endosso à Arbitragem Ambiental no Direito Brasileiro e Suas Vantagens; 4 Conclusão.

**RESUMO:** A arbitragem vem ganhando espaço no Brasil, como já ocorre em diversos países que admitem a utilização da arbitragem como meio de resolução extrajudicial e consensual de conflito, revelando-se uma das formas mais eficientes e modernas de mitigação de controvérsias. A possibilidade de utilizar a arbitragem para resolver questões de natureza coletiva pode ser potencializada observando as vantagens específicas deste método que estimula a análise da sua aplicação em matéria ambiental, por exemplo, que é a sua eficácia para solucionar casos complexos e a celeridade do procedimento. A arbitragem é eficaz para casos difíceis porque o árbitro pode ser expert no assunto, o que significa na prática um maior aprofundamento técnico na solução do caso. O contato mais direto em relação ao objeto litigioso representa maior agilidade e eficiência na análise do caso, evitando a burocracia que normalmente envolve as perícias judiciais. Nesse sentido, pretende-se demonstrar a possibilidade do uso do Instituto da Arbitragem como método alternativo, viável e eficaz, para o tratamento dos conflitos de seara coletiva, dentro do território brasileiro, a exemplo do que já acontece no cenário internacional.

**Palavras-chave:** Arbitragem, Processo Coletivo, Arbitrabilidade

---

<sup>39</sup> Professor do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense Professor da Graduação em Direito, do Mestrado e do Doutorado em Justiça Administrativa – PPGJA Professor do Mestrado e do Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9382635353783283> e-mail: [gilvanluizhansen@hotmail.com](mailto:gilvanluizhansen@hotmail.com)

<sup>40</sup> Pós-Graduada no MBA Executivo em Direito Empresarial na FGV Mestranda no Programa de Justiça Administrativa na UFF Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0397361735400972> e-mail: [marcellacmpaiva@hotmail.com](mailto:marcellacmpaiva@hotmail.com)

<sup>41</sup> Advogada na área de Direito Empresarial Mestranda no Programa de Justiça Administrativa na UFF Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5994211169363973> e-mail: [giselleareias@hotmail.com](mailto:giselleareias@hotmail.com)

**ABSTRACT:** Arbitration has been gaining ground in Brazil, as has already occurred in several countries that admit the use of arbitration as a means of out-of-court and consensual resolution of conflict, proving to be one of the most efficient and modern forms of dispute mitigation. The possibility of using arbitration to solve collective issues can be enhanced by observing the specific advantages of this method, which stimulates the analysis of its application in environmental matters, for example, its effectiveness in solving complex cases and the speed of the procedure. Arbitration is effective for difficult cases because the arbitrator can be expert in the subject, which means in practice a further technical deepening in the solution of the case. The most direct contact with the litigious object represents greater agility and efficiency in the analysis of the case, avoiding the bureaucracy that usually involves the judicial expertise. In this sense, it is intended to demonstrate the possibility of using the Arbitration Institute as an alternative, viable and effective method for the treatment of collective conflicts within the Brazilian territory, as is already happening in the international scenario.

**Key-words:** Arbitration, Collective Bargaining, Arbitration,

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo fazer uma breve análise acerca da possibilidade de utilizar a arbitragem, que é um meio alternativo de solução de conflito, em questões ambientais fora do Poder Judiciário, principalmente diante da característica da indisponibilidade do direito ao meio ambiente.

Já que no ordenamento jurídico brasileiro existem várias leis e mecanismos para tutelar a natureza nas suas mais variadas formas, porém pouco e/ou insuficientemente se tem discutido com a profundidade necessária sobre quais são os meios para solucionar os conflitos em questões ambientais.

Nesse sentido, dividiremos o presente estudo em alguns eixos. Em um primeiro momento, trataremos algumas questões conceituais, as quais serão importantes para o complemento desse ensaio. Veremos o que é o Direito Ambiental, sua eficácia e a quem cabe tutelar esse direito.

Num segundo momento, será abordado as Mutações no Direito Administrativo, baseado nos conceitos do renomado professor, Diogo Figueiredo Moreira Neto, abordando a evolução durante os séculos do direito administrativo, que deixou de ser um ramo secundário do direito privado para em pouco tempo ascender em importância no estado contemporâneo, afirmando-se

como o direito comum das relações das pessoas com o estado, nestes compreendidos os seus desdobramentos, e os seus delegatários de toda ordem.

Por último, será feita uma análise com apontamentos de algumas das principais alternativas atualmente em debate no cenário nacional, com discussão da problemática envolvendo a indisponibilidade do bem ambiental, bem como a possibilidade de se utilizar a arbitragem destacando-se as vantagens desse mecanismo de resolução de conflitos frente as características do dano ambiental.

## **1 Novos Rumos do Direito Ambiental**

Em decorrência do desequilíbrio ecológico ocasionando pela constante e desordenada modificação da natureza de modo a proporcionar ao homem maior conforto tecnológico, surge a necessidade de se proteger o meio ambiente, já que não existe uma estrutura ecológica capaz de acompanhar e suportar o desenvolvimento industrial gerado pelo homem, sem que com isso a natureza sofra com desordenada evolução da sociedade.

Com o passar do tempo, esse desenvolvimento industrial desordenado e capitalista, causam danos terríveis e irreversíveis ao meio ambiente, o que faz despertar uma consciência coletiva onde se observa a necessidade de preservação ambiental, de forma a preservar o meio ambiente para o desenvolvimento das futuras gerações humanas.

A própria Constituição Federal de 1988, estabeleceu em seu artigo 225 e parágrafos a necessidade da conservação do meio ambiente ao defini-lo como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, incumbindo ao poder público e a coletividade a preservação e defesa do meio ambiente. Ainda, os parágrafos 2º e 3º do artigo 225, da Constituição vem determinar a obrigação da reparação do dano ambiental, bem como a aplicação de sanções penais e administrativas àqueles que, de alguma maneira, lesarem ao meio ambiente.<sup>42</sup>

O conceito jurídico de meio ambiente é definido pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, nº 6.938/81 como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida, em todas as suas formas.<sup>43</sup>

Nesse sentido, Edis Milaré:

No conceito jurídico de meio ambiente podemos distinguir duas perspectivas principais: uma estrita e outra ampla. Numa visão estrita,

---

<sup>42</sup> Art. 225 e §§ da Constituição Federal do Brasil de 1988.

<sup>43</sup> Art. 3º, inciso I, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, nº 6.938/81

o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e suas relações com o ser vivo. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não seja relacionado com os recursos naturais. Numa concepção ampla, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, bem como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema, de um lado com o meio ambiente natural, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela fauna e pela flora, e, do outro, com o meio ambiente artificial (ou humano), formado pelas edificações e equipamentos produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística.<sup>44</sup>

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se em referir a importância necessária a ser dada ao meio ambiente, bem como em estabelecer a responsabilidade pela sua proteção, dispondo: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.<sup>45</sup>

Esse conceito constitucional traz algumas características, uma delas é a indeterminação de sujeitos, uma vez que a Carta Magna traz em seu texto a palavra “todos”; outra é a indivisibilidade do objeto, pois não podemos delimitar o meio ambiente, nem mesmo dividi-lo igualmente entre determinado número de pessoas; temos ainda, a intensa conflituosidade, porquanto o direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado não consiste numa controvérsia que esteja juridicamente definida; e tem duração efêmera, haja vista que não há como precisar o período de duração deste direito.

O Autor Rui Carvalho Piva, assegura que, uma vez que o legislador definiu o meio ambiente como bem de uso comum do povo, e conferiu a “todos” o direito de um ambiente ecologicamente equilibrado, automaticamente inseriu-o no ramo dos direitos transindividuais.<sup>46</sup> Indo além, e classifica o direito ao meio ambiente como um interesse

---

<sup>44</sup> MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 202.

<sup>45</sup> Art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988.

<sup>46</sup> PIVA, Rui Carvalho. Bem Ambiental. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 33-34.

difuso, tendo em vista que não é possível qualificar o número de pessoas que o possuem, nem mesmo a relação existente entre elas. Faz-se necessário esclarecer o que é interesse difuso e, para tanto, o autor Rodolfo de Camargo Mancuso, o classifica como aquele tipo de interesse que consegue ser mais abrangente, que excede ao interesse geral ou público.<sup>47</sup> Nesse sentido, exemplifica que, enquanto o interesse público dirige-se ao “cidadão”, o interesse difuso faz referência ao “homem”.

Com base com o que foi analisado até o momento, é possível notar que a Constituição Federal acertou ao definir um meio ambiente sadio e equilibrado como sendo um interesse difuso. Além disso, deu liberdade para que os Estados e Municípios legissem concorrentemente acerca da matéria ambiental<sup>48</sup>, traduzindo uma visão abrangente do nosso país, pois, sendo o Brasil cheio de diversidades, mistura de culturas e climas, não seria possível que todos os estados fossem regidos unicamente por uma legislação federal específica.

Dessa maneira, foi preciso buscar um tutor ideal para o meio ambiente. Buscava-se um tutor com representatividade junto à sociedade, que apresentasse estímulo e motivação para perseguir a defesa de um interesse que não tem qualquer repercussão na sua esfera patrimonial pessoal e gozasse de disposição para enfrentar a demora e os riscos de um processo judicial, em ações complexas e em disputas difíceis.

A solução para tal situação foi encontrada junto ao Ministério Público. Instituição do Estado dotada de independência funcional, que já possuía um longo caminho desenvolvido na representatividade penal da sociedade e de fiscal da lei nas questões civis. As Constituições mais recentes passaram a atribuir ao órgão o papel de protetor da coletividade, de “advogado do povo”, aquele que tem por objeto assegurar a execução das leis e das decisões judiciais; de reprimir as infrações às leis coercitivas, e, finalmente, de salvaguardar as pessoas incapazes de defender e de proteger a si próprias.<sup>49</sup>

## 1.1 Tutela do Ministério Público

---

<sup>47</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceitos e legitimação para agir. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 63.

<sup>48</sup> Art. 24, inciso VI, da CF/88

<sup>49</sup> MILARÉ, Edis, op. cit., 1995, p. 136.

A presença do Ministério Público no litígio é interpretada como um sintoma de que a controvérsia ali estabelecida trata sobre direito disponível, mas cabe a eventual intervenção do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei “custos legis”, nos termos do art. 84 do Código de Processo Civil.<sup>50</sup>

Cabe salientar que, não existe nenhum fundamento para impossibilitar a presença do Ministério Público como um impedimento de levar as controvérsias à apreciação dos árbitros. Logo, o fato da intervenção do parquet constitui uma possibilidade de que o litígio trata sobre direitos indisponíveis não é para se vincular a indisponibilidade.

Nos termos do art. 127 da Constituição Federal<sup>51</sup>, importa especialmente à presente abordagem a função de “defesa da ordem jurídica”, por compreender-se que daqui insurge a principal fonte legitimadora da sua intervenção processual, comumente chamada de intervenção a título de *custos legis*, ou como “fiscal da lei”.<sup>52</sup> Compreende-se que a defesa da “ordem jurídica”, por vezes ensejadora da sua intervenção, poderá ocorrer em ambas as jurisdições: judicial ou arbitral<sup>53</sup>. Segundo Mariani,<sup>54</sup> o artigo 127 da CRFB/88 não limita a atuação do MP à seara arbitral, o que ocorre é que a nossa Constituição é do tempo em que a arbitragem no Brasil era carente de tratamento legislativo adequado. A literalidade do dispositivo, portanto, merece temperamentos.<sup>55</sup>

Não há dúvidas acerca da natureza jurisdicional do processo arbitral, que, com base no art. 31 da Lei 9.307/96<sup>56</sup>, tem eficácia igual a uma decisão judicial, incluindo o seu caráter coercitivo. No mais, bastaria que o MP ser comunicado de todos os atos para que possa comparecer às audiências e participar de todos os procedimentos.

---

<sup>50</sup> Art. 84, CPC

<sup>51</sup> Art. 127: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

<sup>52</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ministério Público do Trabalho. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2011. P. 37.

<sup>53</sup> MARIANI, Romulo Greffi. Arbitragens Coletivas no Brasil. Ed. Atlas, Rio de Janeiro, 2015, p. 180.

<sup>54</sup> Idem.

<sup>55</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, apud. MARIANI, Romulo Greffi. Arbitragens Coletivas no Brasil. Ed. Atlas, Rio de Janeiro, 2015, p. 181.

<sup>56</sup> Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.



No que tange as tutelas coletivas<sup>57</sup>, o artigo 98 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) é usado como parâmetro na liquidação da sentença, o que deixa claro que mesmo que o Ministério Público atue apenas como auxiliar do juízo, na forma do artigo 82 do CPC, em nada obsta a sua legitimidade para propor a execução da sentença arbitral no juízo estatal. Mas nesse caso, a hipótese da execução da sentença reparatória dos direitos coletivos *stricto sensu* pela Requeere também estaria resguardada. É importante lembrar que o artigo 100 CDC e o Artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, já autorizam demandas coletivas dessa espécie, em caso de inércia do titular da demanda coletiva, o que amplia a garantia do MP.<sup>58</sup>

Há uma tese inovadora, defendida por Lima e Carmona<sup>59</sup>, no sentido de a arbitragem também poder ser utilizada em casos envolvendo direitos indisponíveis. A intenção não é de tentar afastar o MP do litígio, pelo contrário, é considerado imprescindível a sua presença no procedimento arbitral como *custos legis*, na forma do artigo 82 do Código de Processo Civil. Segundo Mariani, os professores Carreira Alvin e Humberto Theodoro Junior corroboram com o pensamento de que é possível a intervenção de terceiro na arbitragem, desde que haja o consenso originários das partes, no compromisso ou cláusula arbitral.<sup>60</sup>

O papel do MP seria auxiliar na observância da Lei, de modo a emprestar ao seu provimento a efetividade necessária.<sup>61[62]</sup> Por isso, não pode se confundir a

---

<sup>57</sup> MARIANI, Romulo Greffi. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. Ed. Atlas, Rio de Janeiro, 2015, p. 34. Para o autor, cabe discriminar a “tutela de direitos coletivos” da “tutela coletiva de direitos coletivos”, já que ele defende que “coletivos são os direitos transindividuais e materialmente indivisíveis, e como tal são tutelados [...] como caracterizadores dos ‘litígios essencialmente coletivos’”. Nisto estão desfeitos os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Diferentes destes são aqueles que, apesar de individuais, são tratados de maneira coletiva, uma vez que são ligados por um elemento que assim permite a sua tutela, tornando-os “acidentalmente coletivos”. Aqui encontram-se os direitos individuais homogêneos. Pode-se entender que os direitos coletivos *lato sensu* como gênero e os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos como espécies.

<sup>58</sup> MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. São Paulo. Ed. Atlas. 2015. p.182.

<sup>59</sup> “O conteúdo da norma [Art. 852, CC], de fato, autoriza a arbitrabilidade de situações jurídicas indisponíveis que possuam conteúdo patrimonial. Com efeito, é bem provável que o legislador brasileiro, atento às modificações no cenário internacional, cuja evolução vem sendo construída, como se viu, ao longo das últimas duas décadas, tenha desejado incorporar ao sistema de arbitrabilidade nacional as inovações observadas no Direito alemão, suíço, austríaco, norte-americano e britânico.” LIMA, Bernardo. *A Arbitrabilidade do Dano Ambiental*, pg. 76.

<sup>60</sup> Carreira Alvin e Humberto Theodoro, apud. MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. São Paulo. Ed. Atlas. 2015. p.173

<sup>61</sup> LIMA, Bernardo. *A Arbitrabilidade do Dano Ambiental*, pg. 161.

<sup>62</sup> LIMA, Bernardo. *A Arbitrabilidade do Dano Ambiental*, pg. 161.

disponibilidade dos direitos com o interesse público perseguido pelo MP, pois falar da sua intervenção no processo não significa reconhecer a indisponibilidade do direito. O *parquet* pode atuar em causas em que exista interesse público no tratamento coletivo, o que não importa na inexistência de direitos disponíveis. Por essa razão, a indisponibilidade e interesse público nem sempre são institutos convergentes<sup>63</sup>.

Há um precedente no Brasil quanto à participação do Ministério Público em arbitragem envolvendo Direito Ambiental envolvendo a montadora de automóveis Fiat e a Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo<sup>64</sup>. O processo tratava da adequação da empresa às normas de emissão de gases na atmosfera. Na lide em comento, já finalizada, o MP, após atuar como custos legis, encaminhou o laudo arbitral para apreciação do Conselho do Ministério Público Local. O caso prova que não existem óbices à participação do MP no processo arbitral.<sup>65</sup>

Desse modo, uma vez mais, não há como rechaçar a possibilidade de aplicação do processo arbitral ao caso de direitos coletivos, sendo possível, ainda, como mencionado, a atuação do Ministério Público.

## 1.2 Do Compromisso de Ajustamento de Conduta

Outro instrumento a ser utilizado pelo Ministério Público na tutela civil ambiental é o Compromisso de Ajustamento de Conduta. Ele surgiu por força de uma modificação ao § 6º do artigo 5º, da Lei nº 7.347/85, trazida pela Lei nº 8.078/90, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, artigo 113. Refere o dispositivo mencionado: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de

---

<sup>63</sup> MARIANI, Rômulo Greff. Arbitragens Coletivas no Brasil. São Paulo. Ed. Atlas. 2015. p.60.

<sup>64</sup> Rosana Siqueira Bertucci em artigo publicado no sítio eletrônico da Ordem dos Advogados de Mato Grosso do Sul Arbitragem ambiental: reflexões sobre a sua aplicabilidade. Disponível em: <[www.oabms.org.br](http://www.oabms.org.br)>. Acesso em: 14/06/2016.

<sup>65</sup> BERTUCCI, Op. Cit. “No Brasil, o precedente de maior destaque é o caso ocorrido em Minas Gerais no qual figuraram o Ministério Público (conciliados), a empresa FIAT AUTOMÓVEIS e a SEMA/SP e que, levado ao conhecimento do primeiro a fabricação de veículos em desacordo com as normas relativas à emissão de poluentes. Em síntese, para dar respaldo ao compromisso assumido entre as partes, o Ministério Público Estadual encaminhou a solução obtida mediante a arbitragem ao Conselho do Ministério Público local e ao Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA).

ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Consiste em ato pelo qual o ofensor do bem jurídico tutelado “entende”, subjetivamente, a irregularidade de sua conduta, e compromete-se, junto ao órgão legitimado, a ajustar seu comportamento na forma da lei, em prazo previamente fixado, estando sujeito a cominações previstas em caso de descumprimento.

O compromisso de ajustamento de conduta é, tanto quanto a arbitragem, um método judicial de solução de conflitos ambientais, no qual, a autonomia da vontade, vai desempenhar um papel fundamental.

Em relação a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, sendo um mecanismo de transação<sup>66</sup>. Mas, submeter um direito indisponível à transação não significa promover a sua disposição, a transação que envolve matéria ambiental buscará estabelecer o tempo, o modo e lugar de cumprimento da obrigação de caráter ressarcitório, sem que com isso seja viabilizada a disponibilidade de situações indisponíveis.

Em linhas gerais, o que se pretende dizer é que, se é permitida a transação envolvendo os detalhes da recomposição do dano ambiental, ainda que a Lei exclua os entes privados legitimados à propositura da ação civil pública da negociação, é bem provável que o sistema igualmente admita que semelhante controvérsia, face os critérios constantes no artigo 1º da Lei 9.307/96, seja suscetível de arbitrabilidade.

## **2 ARBITRAGEM NO DIREITO AMBIENTAL**

A partir desse capítulo, pretende-se averiguar a possibilidade de se usar a arbitragem em litígios de natureza coletiva, especificamente nas questões ambientais, sob perspectiva da sua arbitrabilidade e patrimonialidade. O estudo será feito,

---

<sup>66</sup> Nesse sentido vale mencionar a proposta de regulação do instituto trazida pelo anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, no seu art. 19, § 10: “O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.”

principalmente, à luz do direito nacional, com ênfase no processo coletivo, baseado na Sexta Edição da Competição Brasileira de Arbitragem Petrônio Muniz – Caso 2015.<sup>67</sup>

## 2.1 Da Arbitrabilidade do Dano Moral Ambiental

Rômulo Greff Mariani, explica que foi a doutrina de Teori Zavascki que pôs fim a divergência sobre os direitos coletivos. O autor utiliza a expressão direito coletivo lato sensu, como gênero das seguintes espécies de direitos coletivos difusos, homogêneos e stricto sensu. Os direitos coletivos difusos são transindividuais, com indeterminação dos seus titulares, indivisíveis e insuscetíveis de apropriação ou transmissão e irrenunciáveis, apesar da extrajudicialidade do inquérito civil. Em regra falta a patrimonialidade aos direitos difusos, como nas questões ambientais, onde o direito difuso perseguido é a reparação in natura do bem ambiental. Em questões ambientais a reparação pecuniária poderá ser a alternativa, se após a perícia restar comprovada a impossibilidade da reconstrução de determinada área, impedindo que poluidor saia impuni.<sup>68</sup>

Os direitos coletivos homogêneos têm natureza individual, são divisíveis, patrimoniais e transmissíveis, costumam ser defendidos por seus titulares e comportam substituições processual e representação. A existência de uma demanda coletiva homogenia não altera a essência individual desses direitos.

Essa espécie de direito possui como característica mais relevante, o tratamento coletivo dados aos direitos individuais homogêneos não altera sua essência. Eles permanecem sendo individuais.<sup>69</sup> Todavia, o tratamento coletivo, acontece por causa da sua origem comum, somada à constatação de que as circunstâncias que os caracterizam são homogêneas, por isso são passíveis de receber tratamento na esfera coletiva.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> CAMARB – VI edição da Competição Brasileira de Arbitragem Petrônio Muniz – Caso 2015. Caso disponível em: <http://competicao.camarb.com.br/files/evento/VI-Muniz-Caso.pdf>. Acessado em: 20.07.16

<sup>68</sup> Teori Albino Zavascki, in *Processo Coletivo: Tutela dos Direitos Coletivos e Tutela Coletiva dos Direitos*. Apud. MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. São Paulo. Ed. Atlas. 2015. P 38

<sup>69</sup> VIGILAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos: causa de pedir e pedido, ação civil pública ou coletiva, eficácia do procedimento previsto no CDC*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 26. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47. Apud. MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. São Paulo. Ed. Atlas. 2015. p. 41.

<sup>70</sup> MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. São Paulo. Ed. Atlas. 2015. p. 41.

No caso dos direitos individuais homogêneos, outra característica importante é que são divisíveis, parte integrante do patrimônio de seu titular. Isso significa dizer que a sua lesão e/ou reparação pode se dar de forma individualizada, se influir ou afetar os demais.

Via de regra no quesito da patrimonialidade que lhes é corriqueira, vislumbra-se a possibilidade de que os direitos individuais homogêneos sejam apropriados individualmente e transmitidos. Na medida que tais direitos permanecem sendo individuais, a sua homogeneidade não impede que o indivíduo dele se aproprie, recebendo o bem lesado *in natura*, ou mesmo por meio da indenização a ele diretamente paga.<sup>71</sup>

A defesa desses direitos tem legitimidade que pode ser por meio de mera representação com consentimento expressa de todos os indivíduos que serão representados, ou mesmo, por substituição processual.

Por último, a definição híbrida dos direitos coletivos *stricto sensu*, que é uma espécie de direito intermediário que possui características dos direitos coletivos homogêneos e direitos coletivos difusos. Os direitos coletivos *stricto sensu* também são indivisíveis, porém são propriamente individuais, com ações movidas em nível coletivo.<sup>72</sup>

A primeira e fundamental característica do direito coletivo *stricto sensu* reside na relação jurídica que une a coletividade envolvida, expressando vínculo prévio que deixa transparecer, o caráter de organização dessa coletividade. E esse vínculo pode ligar as pessoas entre si, ou até mesmo a parte contrária. Observando-se dessa forma outra característica dos direitos coletivo *stricto sensu* é a sua indivisibilidade, ou seja, “não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares”<sup>73</sup>, sendo assim, “o bem não pode ser atingido apenas por um dos integrantes

---

<sup>71</sup> MARIANI, Rômulo Greff. Arbitragens Coletivas no Brasil. São Paulo. Ed. Atlas. 2015. p. 43 – 44.

<sup>72</sup> MARIANI, Rômulo Greff. Arbitragens Coletivas no Brasil. São Paulo. Ed. Atlas. 2015. P. 44-48.

<sup>73</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43.

do grupo, categoria ou classe, pois a solução favorável ou desfavorável beneficia ou prejudica a todos.”<sup>74</sup> Nesse ponto, afasta-se dos direitos individuais homogêneos.

Porém sob a perspectiva de determinabilidade, é possível afirmar que os direitos coletivos *stricto sensu* mais se aproximam dos direitos individuais homogêneos. Já que a indeterminabilidade é apenas relativa,<sup>75</sup> facilitando analisar a relação jurídica base e o que une, a determinação dos individuais interessados.<sup>76</sup> Já que a doutrina considera que os titulares desses direitos são genuinamente determináveis.<sup>77</sup>

## 2.2 Da Patrimonialidade do Direito ao Meio Ambiente Equilibrado.

Segundo Bernardo Lima, analisar o Direito Ambiental implica em fazer um apanhado dos variados feixes teóricos que o compõe, não sendo cabível que haja apenas uma interpretação do conteúdo dessa seara do Direito, a partir da compreensão que o mesmo não é uniforme, sobretudo quando está envolvido com a Arbitragem.<sup>78</sup>

No âmbito do Direito Brasileiro, preferiu o legislador por alguns critérios para a arbitrabilidade de litígios (“direitos patrimoniais disponíveis”<sup>79</sup>), como é corriqueiro em outros ordenamentos, onde outros critérios, similares aos brasileiros, foram escolhidos para limitar a vontade das partes neste método de resolução de conflitos, como a Bolívia<sup>80</sup>, França<sup>81</sup>, Espanha<sup>82</sup> e Itália<sup>83</sup>, que prevêm a disponibilidade do direito para que seja arbitrável, a título de exemplo. Por outro lado, a Lei de Arbitragem Internacional da Suíça adotou a patrimonialidade do direito<sup>84</sup>.

<sup>74</sup> CHAMBERLAIN, Marise Cavancanti. *Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação In LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Princípios da jurisdição metaindividual. São Paulo Elr. 2005. p. 47 Apud. MARIANI, Rômulo Greff. Arbitragens Coletivas no Brasil. São Paulo. Ed. Atlas. 2015. p. 38.*

<sup>75</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.* 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 36.

<sup>76</sup> VIGILAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos: causa de pedir e pedido, ação civil pública ou coletiva, eficácia do procedimento previsto no CDC. São Paulo: Saraiva, 2003. Apud. MARIANI, Rômulo Greff. Arbitragens Coletivas no Brasil. São Paulo. Ed. Atlas. 2015. p. 49.*

<sup>77</sup> MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens Coletivas no Brasil. São Paulo. Ed. Atlas. 2015. p. 49.*

<sup>78</sup> LIMA, Bernardo. *A Arbitrabilidade do Dano Ambiental. São Paulo: Atlas, 2010. p. 26.*

<sup>79</sup> Art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/96)

<sup>80</sup> Art. 3º da Lei de Arbitragem e Conciliação Boliviana.

<sup>81</sup> Art. 2.059 do Código Civil Francês.

<sup>82</sup> Art. 2º, §1º da Lei de Arbitragem Espanhola.

<sup>83</sup> Art. 806 do Código de Processo Civil Italiano.

<sup>84</sup> BLESSING, Marc. *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives.* In: BERTI, Stephen V.; HONSELL, Heirich; VOGT, Nedim Peter; SCHNYDER, Anton K. *International Arbitration in Switzerland.* The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 172.

Nesse sentido, cabe o entendimento de Antônio José de Mattos Neto a respeito do art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem de que “o legislador (brasileiro) circunscreveu o direito a ser posto em juízo privado, não apenas por sua patrimonialidade, mas CONCENTROU AINDA MAIS O SEU UNIVERSO, LIMITANDO-SE AOS DISPONÍVEIS” (grifo nosso)<sup>85</sup>. Apreende-se, assim, que os direitos patrimoniais e os disponíveis compreendem duas categorias diferentes e que os direitos disponíveis estão em uma categoria além dos patrimoniais.

Se por um lado disponibilidade versa sobre direitos sobre os quais se possa contratar, não havendo sobre os mesmos a incidência de uma lei imperativa, de acordo com Sergio de Andréa Ferreira<sup>86</sup>, por outro, conforme afirma Bernardo Lima, a patrimonialidade é a admissão de “que uma determinada situação jurídica seja trocada por dinheiro.”<sup>87</sup>

Ao ser analisada a Lei Brasileira de Arbitragem, já no seu art. 1º, pode-se perceber que para matérias como o dano moral não existe a possibilidade de ser arbitrado, contudo, ao fazer uma abordagem do ordenamento jurídico nota-se outra interpretação da matéria, uma vez que define o art. 852 do Código Civil Brasileiro que “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras QUE NÃO TENHAM CARÁTER ESTRITAMENTE PATRIMONIAL.” (grifo nosso), enquanto que o dispositivo seguinte, art. 853, lê-se que “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida pela lei.”

Percebe-se que persistem no ordenamento jurídico nacional uma maneira específica para ser tratada cada uma das formas da convenção de arbitragem: a restrição do compromisso a questões estritamente patrimoniais e certa amplitude para a cláusula compromissória. Pode-se entender que o supracitado dispositivo do Código Civil derogou o art. 1º da Lei de Arbitragem, uma vez que este diploma entrou em vigor no

---

<sup>85</sup> MATTOS NETTO, Antonio J. de. “Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem,” *RF* 361:297, maio/jun. 2002. p. 297.

<sup>86</sup> FERREIRA, Sergio de Andréa. *A arbitragem e a disponibilidade de direitos no ius publicum interno*. In: *Reflexões sobre a arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossane Garcez (coords.). São Paulo: LTr, 2002. p. 54 e ss.

<sup>87</sup> LIMA, Bernardo. *A Arbitrabilidade do Dano Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 26.

dia 23 de novembro de 1996 e aquele em no dia 11 de janeiro de 2003, segundo afirma Edoardo Flavio Ricci.<sup>88</sup>

Ao ser analisada a Lei de Geral do Ambiente Peruana (Lei 28.611/02) nota-se que a mesma escolheu pelos mesmos critérios de arbitrabilidade do Brasil (disponibilidade e patrimonialidade do direito), versando sobre a arbitrabilidade do dano na seara ambiental em seu art. 152.<sup>89</sup>

A patrimonialidade é reforçada ao ser analisado o Direito Alemão, para o qual o critério para o uso da arbitragem é que haja algum tipo de interesse econômico, ou seja, as que pretendem o pagamento de uma quantia em dinheiro, não importando que seja, necessariamente disponível<sup>90</sup>. Tal entendimento acerca da patrimonialidade foi copiado pelo Direito Austríaco a partir de 2006.

O que se pode entender a respeito do dano ambiental causado pelo vazamento da barragem causou um dano patrimonial nos indivíduos “por ricochete”, nas palavras de Bernardo Lima<sup>91</sup>. Com isso foram violados direitos coletivos *stricto sensu*, uma vez que o dano causado por alguém afeta de alguma maneira o patrimônio de outrem tal agressão gera um sofrimento subjetivo na vítima do dano, que, portanto, é um dano moral, e como pode ser apreciado pecuniariamente trata-se de um direito patrimonial disponível, como pontua Carolina Bastos Guimarães<sup>92</sup>, entendendo que violar um direito à propriedade gera situações jurídicas de caráter patrimonial, uma vez que há uma relação de interesse econômico na propriedade havendo, nesse sentido, precedente do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO<sup>93</sup>. Vale o que disse Antônio José de Mattos Neto: “O caráter da extrapatrimonialidade não exclui possibilidade do titular do direito

---

<sup>88</sup> RICCI, Edoardo Flavio. *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 411.

<sup>89</sup> “Podem se submeter à arbitragem e conciliação as controvérsias ou pretensões ambientais determinadas ou determináveis que versem sobre direitos patrimoniais ou outros que sejam de livre disposição pelas partes.” (tradução livre)

<sup>90</sup> Art. 1.030 do Código de Processo Civil Alemão.

<sup>91</sup> LIMA. *Op. cit.* p. 123.

<sup>92</sup> GUIMARÃES, Carolina Bastos. *A responsabilidade civil resultante do dano moral ambiental*. 2008. Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, p. 65.

<sup>93</sup> TJ-RJ. AC nº 2002.001.24568, 11ª Câmara Cível. Rel Des. José C. Figueiredo, j, em 26.02.2003. “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZAÇÃO. VAZAMENTO DE ÓLEO NA BAÍA DE GUANABARA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NULIDADE DE SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”



aufferir vantagem econômica, se houver lesão da qual resulte dano. Nesse caso o dano produz um direito patrimonial ao ofendido consubstanciado na indenização”.<sup>94</sup>

Certo é que direitos da personalidade não são arbitráveis<sup>95</sup>, contudo, a indenização relativa à sua violação é arbitrável, dando tutela ao direito violado, ainda assim não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer dispositivo que constitua óbice ao titular do direito violado de se recusar a receber a indenização, ao que se refere Bernardo Lima “*ainda que se consinta que referidos bens são inestimáveis e não podem ser objeto de negócio jurídico, advogar que sua violação, por conta disto, não pode resultar em indenização de caráter patrimonial (mesmo porque a indenização tem caráter compensatório e não restitutivo), inclusive de natureza pecuniária, é endossar a impunidade do agressor e permitir a irressarcibilidade de um prejuízo grave e injusto.*”<sup>96</sup>

Segundo Luiz Antonio Scavone Jr., não existe a possibilidade de se dispor direitos como o à honra, mas sua violação implica em um dano moral indenizável. Logo, não há impedimento para que o agressor e o agredido firmem um compromisso para arbitrar o dano. Cabe notar que o árbitro não pode decidir se o direito é disponível ou não (visto que não é), apenas solucionar a matéria, sob os limites estabelecidos pela lei que rege a matéria e pelo disposto pelas partes na convenção de arbitragem<sup>97</sup>, havendo doutrina italiana corroborando com esta corrente.<sup>98</sup>

O termo de arbitragem ainda é muito mais amplo que a ação civil pública, pois ele não contempla somente danos morais, mas também perdas e danos pelos titulares da demanda, já que as pessoas da comunidade foram devidamente identificadas, quando desalojadas.

### **2.3 Do Endosso à Arbitragem Ambiental no Direito Brasileiro e Suas Vantagens**

---

<sup>94</sup> MATTOS NETO, Antônio José de. *Apud.* LIMA. Op. cit. p. 123-124.

<sup>95</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Apud.* Lima. Op. cit. p. 124.

<sup>96</sup> LIMA. Op. cit. p. 124.

<sup>97</sup> SCAVONE JR, Luiz Antonio. *Apud.* LIMA. p. 125.

<sup>98</sup> Zucconi Galli Fonseca (Riforma del diritto arbitrale. *Le nuove leggi civili commentate*, Milano, n° 6, anno XXX, p. 1050-1070, nov./dic. 2007. P. 24), Giuseppe Ruffini (*Articolo 206 – controversie arbitrali*. In: CONSOLO, Claudio. *Codice de procedura commentato*. 3. ed. Milano: IPSOA, 2008. p. 5670), Sergio La China (*L'arbitrato – il sistema e l'esperienza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007. p. 45).

Segundo parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, os direitos e garantias constitucionais não excluem tratados que ampliem direitos fundamentais. Nesse sentido, tutelar os indivíduos que são vítimas de um dano moral oriundo de um dano ambiental trata-se do cumprimento das garantias constitucionais, ainda que seja pela via arbitral.<sup>99</sup>

Nesse sentido, depreende-se do art. 225, da CRFB/88, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo. Portanto, o Poder Público, os indivíduos afetados pelo dano ambiental têm a obrigação de zelar pela sua tutela, não impondo impedimento aos métodos alternativos de solução de conflitos, especificamente através da Arbitragem. Por outro lado, diversos tratados assinados e internalizados pelo Brasil a fim de dirimir litígios no âmbito do direito ambiental preveem da arbitragem.

Exemplo disso são as seguintes Convenções: I) Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, da qual o Brasil é signatário<sup>100</sup>, que em seu art. 287 prevê a possibilidade de escolha de um “tribunal arbitral especial”; II) O Tratado da Antártida sobre proteção do meio ambiente, de 1991<sup>101</sup>, prevê que disputas no âmbito de sua abrangência serão submetidas à arbitragem<sup>102</sup> e III) O Tratado da Organização Mundial do Comércio, prevendo a arbitragem para resolver conflitos, inclusive em matéria ambiental, pela arbitragem;<sup>103</sup> IV) A Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992<sup>104</sup>, assinada no Rio de Janeiro, internalizada em 16 de março de 1998, dispõe em seu art. 27, nº 3, “a” que os conflitos entre as partes serão resolvidos através de arbitragem, cujas regras estão prescritas no seu Anexo I. Esta convenção, por ter sido internalizada depois da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, tem sobre a mesma primazia, não apenas pelo critério cronológico, mas também pelo hierárquico, uma vez que os tratados internalizado no ordenamento jurídico brasileiro gozam de status supra-legal; V) Convenção de Viena para a proteção da Camada de Ozônio (artigo 11, 3,

---

<sup>99</sup> Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, *caput* e inciso III.

<sup>100</sup> Internalizada pelo Dec. nº 1.530, de 22.06.1995.

<sup>101</sup> Internalizado pelo Dec. nº 2.742, de 20.08.1998.

<sup>102</sup> BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *Apud*. LIMA, p. 105.

<sup>103</sup> *International Law & The environment*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 221.

<sup>104</sup> Internalizada pelo Dec. Nº 2.519, de 16.04.1998.

“a”<sup>105</sup>; VI) A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança de Clima (artigo 14, 2, “b”)<sup>106</sup> e VII) A Convenção de Basiléia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito (artigo 20, 3, “b”).<sup>107</sup>

Nesse sentido, deflagra-se um cenário de incongruência entre a ordem pública interna (negando a arbitrabilidade do dano moral coletivo) e a ordem pública internacional (permitindo a arbitrabilidade do dano moral coletivo). Tal concepção restritiva no Direito Brasileiro é vencida pela aceitação desta possibilidade no ordenamento jurídico através da incorporação de tratados e convenções como as supracitadas, que agora ganham força de normas constitucionais e supra-legais, dentro do bojo de direitos fundamentais.

A análise das vantagens específicas deste método estimula a análise da sua aplicação em matéria ambiental é a sua eficácia para solucionar casos complexos e a celeridade do procedimento. A arbitragem é eficaz para casos difíceis porque o árbitro pode ser expert no assunto, o que significa na prática um maior aprofundamento técnico na solução do caso. O contato mais direto em relação ao objeto litigioso representa maior agilidade e eficiência na análise do caso, evitando a burocracia que normalmente envolve as perícias judiciais.

A temática ambiental é muito complexa, o que se evidencia com maior razão quando o dano atinge grandes regiões, ultrapassando as fronteiras de um Município, Estado ou País. Justamente por isso que a arbitragem ambiental já é utilizada em questões internacionais, seguindo-se a tendência dos casos envolvendo litígios comerciais. Neste sentido, Flavia Witkowski Frangetto destaca que “de fato, um árbitro, especializado, pode ser ótimo julgador, em casos relacionados a diplomas internacionais que visam soluções globais para problemas ambientais comuns a diversos Estados.”<sup>108</sup>

Outra vantagem específica é a celeridade da arbitragem, a qual é expressamente imposta no art. 23 da LArb ao dispor que a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes, ou, se não houver convenção, no prazo de seis meses, podendo

---

<sup>105</sup> Internalizada pelo Dec. Nº 99.280, de 06.06.1990.

<sup>106</sup> Internalizada pelo Dec. nº 2.652, de 01.07.1998.

<sup>107</sup> Internalizada pelo Dec. nº 875 de 19.07.1993.

<sup>108</sup> FRANGETTO, Flavia Witkowski. Arbitragem Ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional? Campinas: Millennium, 2006. p. 16-17.

ser prorrogada.<sup>109</sup> Não se pode olvidar ainda a efetividade da medida, tendo em vista que atualmente a sentença arbitral e a judicial têm a mesma eficácia (art. 23), não necessitando de homologação do Poder Judiciário, o que legitima ainda mais este método, dando a ele a devida credibilidade.

Diante do que já foi exposto ao longo do trabalho, entende-se que a eficiência na utilização de meios alternativos de solução de conflitos está amplamente justificada, ainda mais num Estado Democrático de Direito, onde o acesso à Justiça é um princípio que norteia e exige a busca por outras possibilidades.

No Brasil, a legislação já evoluiu bastante ao flexibilizar a utilização obrigatória do Poder Judiciário para resolver conflitos ambientais. Entre outras vias existentes, cita-se a Transação Penal permitida pelo art. 98, inc. I, da CF<sup>110</sup>, em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo, que tem previsão legal e se viabiliza na audiência preliminar referida no art. 72 da Lei nº 9.099/95<sup>111</sup> (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

Esta previsão foi recepcionada no art. 27 da Lei nº 9.605/98<sup>112</sup> (Lei dos Crimes Ambientais), por meio do qual se admite a composição amigável entre o poluidor e o Ministério Público, inclusive para fins de extinção das ações relativas a crimes ambientais, desde que tenha havido a composição do dano ambiental por parte do referido infrator. Outro exemplo se refere ao Termo de Ajustamento de Conduta.

O importante, frisa-se, é que a preservação do meio ambiente equilibrado seja respeitado e tido como um norte na solução do caso, até mesmo porque não haveria

---

<sup>109</sup> “Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.”

<sup>110</sup> “Art. 98 - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. (g.n.)

<sup>111</sup> “Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.”

<sup>112</sup> “Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.”

interesse em impugnar uma arbitragem que não tivesse este prejuízo, conforme bem resumido por Frangetto, nos seguintes termos:

Resta claro ser a arbitragem uma via de solução possível de conflitos ambientais sempre que, estando assegurada a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, houver necessidade de avaliar as quotas (aspecto quantitativo) e maneiras (aspecto qualitativo) de se concretizar a responsabilização ambiental apropriada para o aumento do patamar de qualidade ambiental, relativamente a um processo de produção de bens e de uso ou consumo de recursos ambientais.<sup>113</sup>

A mencionada jurista ainda apresenta outra reflexão de grande valia para a expansão da arbitragem ambiental, notadamente a estruturação de Câmaras de Arbitragens Ambientais:

Com relação à estrutura dos juízos arbitrais no Brasil, embora até o momento o procedimento arbitral ad hoc (hipótese em que as partes não fazem uso de uma Câmara de Arbitragem) possa ser o mais comum, seria interessante o estabelecimento de procedimento arbitral institucional, de maneira a preparar órgãos técnicos ambientais autônomos para administrarem a arbitragem ambiental. Cumpre observar que a tendência de especialização ambiental de câmaras julgadoras é crescente também na órbita internacional, a exemplo da Câmara Ambiental da Corte Internacional de Justiça, com resultados significativos ao tratamento de questões relacionadas a meio ambiente.<sup>114</sup>

É preciso evoluir mais, interpretar a legislação de forma que se dê efetividade à ampliação do acesso à Justiça. Como demonstrado acima, entende-se que já é possível aplicar as regras dos meios alternativos para os conflitos ambientais, mas é claro que se a legislação fosse expressa neste sentido se ganharia em maior utilização da arbitragem.

---

<sup>113</sup> FRANGETTO, op. cit., p. 40.

<sup>114</sup> Ibid., p. 60.

Portanto, verifica-se que a arbitragem pode sim ser utilizada para resolver conflitos ambientais, inclusive é ideal que isso aconteça, pois é o campo certo para resolver questões complexas, tal como é o meio ambiente. A interpretação atual sobre a legislação afeta ao tema permite que isso ocorra, ou seja, ainda que se tenha uma visão legalista e conservadora, a arbitragem pode ser utilizada, principalmente em se tratado dos exemplos supracitados e da regulamentação do prazo, da maneira, do lugar e da condição do cumprimento da obrigação de recuperar o meio ambiente.

A utilização da arbitragem, enquanto meio alternativo de solução de conflito é caracterizador do acesso à Justiça, é via legítima para solucionar questões ambientais. Sua aplicação visa à preservação ambiental, a qual não sofrerá prejuízo, pelo contrário, referida finalidade será alcançada com muito mais celeridade e efetividade.

Isso porque o tradicional processo litigioso, em juízo, pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos, o que gerou o aprimoramento das soluções para os conflitos existentes na sociedade mediante o estabelecimento de procedimentos simplificados, como os juizados especiais de pequenas causas, e promoção de formas alternativas de solução de controvérsias, buscando a conciliação das partes litigantes e evitando a judicialização dos conflitos que poderiam ser solucionados por meio de técnicas extraprocessuais.

### **3 CONCLUSÃO**

O desenvolvimento desse trabalho permitiu-nos verificar que dada sua maior agilidade e precisão, aumentam as discussões sobre a viabilidade da aplicação dos mecanismos alternativos de solução de conflitos para dirimir questões que envolvem ofensa ao meio ambiente, como no caso citado da Competição Brasileira de Arbitragem Petrônio Muniz - 2015.

E este fato, especificamente pela interpretação do artigo 1º dela, tem levado muitos doutrinadores a defender que os mecanismos arbitrais não se aplicam à questões envolvendo conflitos de meio ambiente. O argumento mais notável que tem sido utilizado é que os direitos ambientais integram o rol das categorias formadoras dos interesses difusos. Por sua natureza especial, são indisponíveis. Não negociáveis. Logo,

estariam excluídos de qualquer mecanismo alternativo e extrajudicial para solução de suas controvérsias. Daí, nesse caminho de vedação estaria a Arbitragem.

Entretanto, apesar de todas as barreiras encontradas na doutrina nacional, é relevante destacar que a colocação das matérias ambientais na condição de “direito indisponível” é um fator com validade apenas na ordem jurídica interna da realidade brasileira. Na ordem internacional, o Brasil aceita, há muito e de forma tranquila, não só o mecanismo da Arbitragem, como também outros meios pacíficos e extrajudiciais para dirimir conflitos de diferentes questões de natureza ambiental. Isso tem criado um paradoxo inadmissível e que precisa ser reparado. Não há como o Brasil manter um padrão jurídico interno e outro externo, para tratar da resolução dos conflitos ambientais.

Por isso o foco deste artigo foi refletir sobre o instituto da Arbitragem enquanto mecanismo alternativo apto para o tratamento de conflitos ambientais no espaço nacional brasileiro, seguindo o que já ocorre, há muito, com ajustes já admitidos e assinados pelo Brasil fora das suas linhas de soberania. O paradoxo que hoje existe, não consegue forças para continuar existindo. Ao contrário: exige reparação imediata para evitar o tratamento da mesma questão, de duas formas: uma interna, outra internacional.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**ALVES**, Rafael Francisco. A arbitragem no direito ambiental: a questão da disponibilidade de direitos. Em *Processos coletivos e tutela ambiental*.

**ALVIM**, José Eduardo Carreira. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

**BELTRÃO**, Antônio F. G. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Método, 2008.

**BERTUCCI**, Rosana Siqueira em artigo publicado no sítio eletrônico da Ordem dos Advogados de Mato Grosso do Sul *Arbitragem ambiental: reflexões sobre a sua aplicabilidade*. Disponível em: <[www.oabms.org.br](http://www.oabms.org.br)>. Acesso em: 14/06/2016.

**BRASIL**. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

**CARREIRA** Alvin e **Humberto** Theodoro, apud. **MARIANI**, Rômulo Greff. Arbitragens Coletivas no Brasil. São Paulo. Ed. Atlas. 2015.

**CARMONA**, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

**CREMASCO**, Suzana Santi. A arbitragem: interna e internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

**FRANGETTO**, Flavia Witkowski. Arbitragem Ambiental: Solução de Conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional?. São Paulo: Millennium Editora, 2006.

**LEITE**, Carlos Henrique Bezerra. Ministério Público do Trabalho. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2011.

**LEME MACHADO**, Paulo Affonso. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo, Atlas, 2009.

**LIMA**, Bernardo. A Arbitrabilidade do Dano Ambiental. São Paulo: Atlas, 2010.

**MANCUSO**, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceitos e legitimação para agir. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

**MARIANI**, Romulo Greffi. Arbitragens Coletivas no Brasil. Ed. Atlas, Rio de Janeiro, 2015.

**MAZZILLI**, Hugo Nigro, *Apud.* **MARIANI**, Romulo Greffi. Arbitragens Coletivas no Brasil. Ed. Atlas, Rio de Janeiro, 2015.

**MILARÉ**, Édis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

**MILARÉ**, Edis. Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

**NETO**, Diogo Figueiredo Moreira, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Número 2 – junho/julho de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil.

**PIVA**, Rui Carvalho. Bem Ambiental. São Paulo: Max Limonad, 2000.



## **O EXTRAVIO DE BAGAGEM E A RESPONSABILIDADE DAS AGÊNCIAS DE TURISMO**

Júlia de Miranda Goromar

**Sumário.** 1. Introdução 2. Contrato de turismo 3. Responsabilidade das agências de turismo 4. Entendimento da Suprema Corte 5. Conclusão

**Resumo:** Este artigo comenta, no que concerne às agências de turismo, a responsabilidade quanto ao extravio de bagagens, principalmente, em relação aos pacotes de turismo. Inicialmente abordar-se-á o contrato de turismo, regulado pelo então Código de Defesa do Consumidor, bem como a responsabilidade prevista pelo CDC na relação entre o fornecedor de serviços e o consumidor e a possibilidade de gerar danos morais e materiais. Ademais, esse texto também comenta sobre o entendimento dos tribunais a respeito deste tema.

**Palavras-chave:** agências de turismo; responsabilidade; Código de Defesa do Consumidor.

**Abstract:** This paper comments about tourism agencies and their responsibility regarding to baggage loss, especially related to tour packages. First, the tourism contract will be discussed, which is regulated by the Consumer Defense Code and the responsibility between the service provider and the consumer, that is also regulated by the consumer code. Moreover, it will be mentioned the possibility of this relation results in the right to claim moral and material damages. Furthermore, this text also comments about courts' decisions about this subject.

**Key words:** tourism agencies; responsibility; Consumer Defense Code.

### 1. Introdução

A origem da proteção dos consumidores no Brasil é marcada pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Nela, o direito do consumidor é tratado como direito

fundamental, devendo o Estado tutelar o consumidor, reservando ao legislador ordinário esta faculdade. Assim, com a figura do consumidor vulnerável, um sujeito de direitos, dá-se a proteção do consumidor em face do próprio consumo.

O Código Civil de 2002, até hoje vigente, apresenta-se como Código central e unificador das obrigações civis e empresariais, contudo, não regulou as relações entre consumidores e fornecedores. Tais relações, por sua vez, foram reguladas com o surgimento do então Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, ambos passam a coexistir no âmbito do Direito Privado nacional, sendo necessário, por vezes, precisar a aplicação de cada um deles.

As relações de consumo, isto é, que envolvem consumidores e fornecedores ou prestadores de serviços serão, portanto, regulamentadas e orientadas pelo CDC vigente. Neste caso em específico, o consumidor contrata um pacote turístico com uma prestadora de serviço – que é a agência de turismo, mas também envolvendo outros prestadores de serviço, a exemplo da companhia aérea e dos translados. Fica evidente, que há especificidades que envolvem esse tipo de contrato, principalmente porque a finalidade do mesmo é voltada para a diversão e o lazer do consumidor.

O consumidor, neste caso, é a figura do turista, isto é, aquele que tem como objetivo o turismo, ou seja, visitantes e hóspedes temporários, independente de suas motivações pessoais. O próprio turismo se caracteriza pela união de diversos serviços, o conjunto dos serviços que objetivam o planejamento, a promoção e a execução de viagens, bem como os de recepção, hospedagem e atendimento aos indivíduos e aos grupos, fora de suas residências habituais.

## 2. Contrato de turismo

No que diz respeito aos contratos, o contrato de turismo apresenta especificidades que provêm principalmente da sua causa, isto é, da finalidade turística<sup>115</sup>. O objetivo do consumidor que contrata uma agência de turismo consiste na despreocupação de realizar estes contratos separadamente. Lembre-se que, num contrato de turismo, estão

---

<sup>115</sup> PAIVA, Rafael Augusto de Moura. *Direito, turismo e consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 145.

compreendidos mais de um prestador de serviços, como a empresa aérea, o serviço de hotelaria, os translados e as atividades recreativas com as idas guiadas a pontos turísticos.

Assim, o consumidor transfere a responsabilidade de contratar cada serviço separadamente para a agência com que contrata, a qual ficará responsável pela organização do programa de viagem pretendido, como premissa, tendo em vista que a exoneração de preocupações está caracterizada como a finalidade do consumidor. Note-se que, pouco importa neste caso a motivação psíquica do agente – seja entretenimento ou seja uma viagem de negócios conjunta com lazer

Ressalte-se outra importante característica, presente nas relações de consumo, a expectativa do consumidor. O princípio da boa-fé norteia essas relações contratuais, além da vulnerabilidade, adotada pelo CDC, na figura do consumidor. E, desse modo, a satisfação do consumidor ao contratar um pacote turístico é essencial ao contrato. As expectativas legítimas são deveres do contratado, de cumprir exatamente com o oferecido, sob pena de ferir toda a contratação e considerando a causa do contrato em voga. Configurada a insatisfação, é cabível a indenização por danos morais e materiais, provenientes da frustração do contrato. Nesse sentido é o entendimento de Cláudia Lima Marques:

As expectativas legítimas são, igualmente, o conjunto de circunstâncias cuja existência ou permanência é objetivamente típica ou necessária para aquele tipo de contrato em especial possa se constituir em uma regulamentação sensata, com razoável distribuição de riscos... são a base mínima (objetiva) da relação, do contrato de consumo.<sup>116</sup>

### 3. Responsabilidade das agências de turismo

Quanto à responsabilidade desse contratado, aplica-se o regime de responsabilidade previsto no CDC, com o objetivo de reequilíbrio da relação de consumo pela

---

<sup>116</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 200.

responsabilidade objetiva, aquela que independe da culpabilidade do agente. O CDC, consagra a teoria do risco do negócio, colocando-a exclusivamente ao fornecedor, em referência ao direito básico do consumidor da efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Na hipótese de o consumidor sofrer um dano, a reparação devida, conforme a legislação consumerista, deverá ser a mais ampla possível, de modo a abranger todos os danos causados, dando-se a efetiva prevenção e reparação desses danos patrimoniais e morais - estabelecido como um dos direitos básicos do consumidor. Ressalte-se que a reparação deve ser de forma efetiva, real e integral, ressarcindo ou compensando o consumidor. A legislação consumerista também repudia qualquer cláusula que se esquive da obrigação de indenizar ou que limite ou reduza o valor da indenização.

O art. 14 do CDC dispõe sobre a responsabilidade do fornecedor de serviços pela reparação de danos causados aos consumidores, independente de culpa, e ocasionados por defeitos na prestação de serviços ou pelas informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e os riscos. Em seguida, o Código caracteriza quais seriam os tipos de serviços defeituosos.

No caso do contrato aqui em voga, o vício do serviço analisado é o extravio da bagagem do consumidor pela empresa aérea, mas vários outros defeitos na prestação dos serviços poderiam ser citados, como acidentes no transporte, queda do avião, ou até mesmo intoxicação alimentar no restaurante do hotel. Atente-se que todos esses serviços podem fazer parte do contrato firmado pelo consumidor e agência.

Essa responsabilidade, relacionada ao vício de um serviço ocorre quando a prestação se dá de forma inadequada ou insuficiente, ela está prevista no CDC, no art. 20, sendo certo que ao consumidor é possível exigir, de forma alternativa e à sua própria escolha, como esse vício será reparado. Ao consumidor é facultado o direito de escolher pela reexecução do serviço, quando cabível e sem custo, ou a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço.

De acordo com a previsão à efetiva reparação dos danos morais, o consumidor também pode exigir, em caso do mau serviço ter ocasionado dor, vergonha ou humilhação àquele prestador de serviço a indenização por danos morais. Assim é o entendimento de Paulo Sérgio Feuz<sup>117</sup>, tendo em vista o objetivo do contrato de turismo como a diversão e o lazer, devendo ser reparado qualquer tipo de problema, seja por defeitos, por vícios, por acidentes ou por descumprimento da oferta.

No caso em específico do extravio da bagagem, é preciso fazer uma análise do artigo 7º do CDC que diz em seu parágrafo único: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Previu-se, portanto, a solidariedade dos diversos fornecedores na cadeia de consumo. Isso principalmente é verificado porque o consumidor contrata o pacote turístico diretamente com a agência, mesmo contendo vários outros serviços e prestadores. Para o consumidor, trata-se de um único serviço que irá realizar seu objetivo de lazer e diversão.

A redação do CDC é clara ao evidenciar que há solidariedade entre esses prestadores de serviço. Pode-se, então, perceber que há solidariedade entre a agência de turismo e a empresa de transporte aéreo, isto é, em relação ao extravio de bagagem, a primeira é também responsável solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. Considerando que o consumidor não tem a visão dos diversos prestadores de serviços que englobam a operação do pacote turístico, pois esta transaciona os serviços em nome dos fornecedores, aplica-se os artigos 7º, p.u. c/c 14, *caput*, e, 34, do CDC, responsabilizando-se solidariamente a agência e os fornecedores de serviço na cadeia de consumo turística, neste caso a empresa aérea.

Sobre isso, Cláudia Lima Marques<sup>118</sup>:

É um contrato de prestação de serviço, mas os serviços nem sempre são prestados por prepostos da agência e sim por uma verdadeira rede de

---

<sup>117</sup> FEUZ, Paulo Sérgio. *Direito do Consumidor nos contratos de turismo* – Código de Defesa do Consumidor aplicado ao Turismo. Bauru: Edipro, 2003, p. 111.

<sup>118</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 480.

fornecedores, ficando a depender destes a qualidade da prestação no total. No caso, a relação contratual do consumidor é com a agência de viagem, podendo exigir desta a qualidade e a adequação da prestação de todos os serviços que adquiriu no pacote turístico contratado, como se os outros fornecedores seus prepostos fossem.

#### 4. Entendimento da Suprema Corte

Contudo, vale ressaltar que na Carta Magna, no art. 5º, §2º previu-se que os direitos e garantias nela expressos não excluem aqueles previstos nos Tratados Internacionais ratificados no Brasil. O art. 7º do CDC também expressa esse entendimento constitucional. Nesse sentido, em conjunto com o disposto no art. 178 da CF/88, o transporte internacional aéreo deve observar os acordos firmados pela União. Esse é o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, que em recente julgamento conjunto, decidiu que quanto ao extravio de bagagens, deve-se aplicar as convenções internacionais sobre o tema, quais sejam a Convenção de Varsóvia e a Convenção de Montreal.

Restava a dúvida se, quanto ao extravio de bagagem, dever-se-ia aplicar as normas do CDC ou as Convenções ratificadas – Montreal e Varsóvia. A dúvida existia, pois o tratamento seria diferenciado dependendo de qual norma fosse aplicada, por exemplo, na Convenção de Varsóvia há a fixação de um limite para a indenização por danos materiais relativos ao extravio de bagagem, enquanto no CDC aplica-se a efetiva reparação do dano, sem um limite estabelecido.

Destaca-se que quanto à essa discussão, o Supremo Tribunal Federal analisou o tema de repercussão geral de nº 210, acerca dessa limitação de indenização por danos materiais decorrentes de extravio de bagagem. Por muito tempo, os tribunais brasileiros decidiram de diversas formas quanto ao tema, muitos deles aplicando o CDC, em face das Convenções internacionais. A discussão foi em torno da aplicação do artigo 178, da Constituição da República, que preceitua: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”, e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Ficou decidido pelo STF, conforme julgado a seguir, que a Convenção de Varsóvia deve prevalecer sobre o CDC, quando da delimitação do dano material por extravio de bagagem em voos internacionais, nos termos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, leia-se:

Ao que me parece, a solução dessa controvérsia passa pela consideração de, pelo menos, três aspectos: (1) o possível conflito entre o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor e a regra do art. 178 da Constituição Federal; (2) a superação da aparente antinomia entre a regra do art. 14 da Lei 8.078/90 e as regras dos arts. 22 da Convenção de Varsóvia e da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional; e (3) o alcance das referidas normas internacionais, no que se refere à natureza jurídica do contrato e do dano causado.

Em primeiro lugar, é fundamental afastar o argumento segundo o qual o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Constituição Federal) impediria qualquer sorte de derrogação do Código de Defesa do Consumidor por norma mais restritiva, ainda que por lei especial. A proteção do consumidor não é a única diretriz a que se orienta a ordem econômica nem o único mandamento constitucional que deve ser observado pelo legislador no caso em exame.

É certo que a Constituição Federal em vigor incluiu a defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais, no art. 5º, inciso XXXII (“XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”), e também entre os princípios da ordem econômica, no art. 170, inciso V, mas é também o próprio texto constitucional, já em redação originária, que determinou a observância dos acordos internacionais, quanto à ordenação do transporte aéreo internacional.

Refiro-me à regra do art. 178 do texto constitucional, que dispõe: “Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação

interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

O teor da norma transcrita, que já constava da redação original da Constituição de 1988, é claro ao impor a compatibilização entre a competência legislativa interna, em matéria de transporte internacional, e o cumprimento das normas internacionais, adotados pelo Brasil, na matéria.

Por isso, diante dessas duas diretrizes – uma que impõe a proteção ao consumidor e outra que determina a observância dos acordos internacionais – em matéria de transporte aéreo, cabe ao intérprete construir leitura sistemática do texto constitucional a fim de que se possam compatibilizar ambos os mandamentos.

Em segundo lugar, quanto à aparente antinomia entre o disposto no Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia e demais normas internacionais sobre transporte aéreo, deve-se considerar que, nesse caso, não há diferença de hierarquia entre os diplomas normativos em conflito.

Os diplomas normativos internacionais em questão não gozam de estatura normativa supralegal de acordo com a orientação firmada no RE 466.343, uma vez que seu conteúdo não versa sobre a disciplina dos direitos humanos.

Sendo assim, a antinomia deve ser solucionada pela aplicação ao caso em exame dos critérios ordinários, que determinam a prevalência da lei especial em relação à lei geral e da lei posterior em relação à lei anterior.

Em relação ao critério cronológico, vale destacar que os acordos internacionais em questão são mais recentes do que Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. De fato, embora o Decreto 20.704, que promulga o texto original da Convenção de Varsóvia, tenha sido publicado em 24 de novembro de 1931, as modificações que sucessivamente sofreu são posteriores ao Código de Defesa do Consumidor.

É o caso do Decreto 2.861, de 7 de dezembro de 1998 – que internalizou o Protocolo Adicional 1, assinado em Montreal, em 25 de setembro de 1975 –, e também da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 59, de 19 de abril de 2006, e promulgada pelo Decreto 5.910, de 27 de setembro de 2006.

Ambos os diplomas, como se nota, são posteriores ao Código de Defesa do



Consumidor, lei publicada em 12.9.1990, o que justificaria a prevalência das normas internacionais, com base no critério cronológico.

De qualquer sorte, não creio que o conflito deva ser solucionado essencialmente com fundamento no critério cronológico. Prevaecem, no caso, as Convenções internacionais não apenas porque são mais recentes, mas porque são especiais em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Em relação ao critério da especialidade, observa-se que a Convenção de Varsóvia e os regramentos internacionais que a modificam são normas especiais em relação ao Código de Defesa do Consumidor, que é norma geral para as relações de consumo. A Lei 8.078, de 1990, disciplina a generalidade das relações de consumo, ao passo que as referidas Convenções disciplinam uma modalidade especial de contrato, a saber, o contrato de transporte aéreo internacional de passageiros.

No mesmo sentido, vale trazer à baila trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau, por ocasião do julgamento do RE 351.750, no qual se lê:

“04 . Os atributos da especialidade e da generalidade, que apartam as normais gerais das especiais, derivam de um juízo de comparação entre duas normas. Norma geral e norma especial não são geral e especial em si e por si, mas sempre relativamente a outras normas. Assim, uma norma geral em relação à outra, pode ser tida como especial em face de uma terceira. Por outro lado, a norma geral é dotada de uma compreensão [conjunto das notas de cada norma] menor e de uma extensão [sujeitos aos quais cada norma se dirige] maior, ao passo que a norma especial é dotada de uma compreensão maior e de uma extensão menor.

05. Consumado o juízo de comparação, teremos que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil. Não obstante, se o compararmos com o Código Brasileiro de Aeronáutica e com as disposições de Varsóvia, teremos ser ele lei geral em relação – repito para deixar claro – ao Código Brasileiro de Aeronáutica e às disposições da Convenção de Varsóvia”.

Tratando-se o caso de conflito entre regras que, em rigor, não apresentam o mesmo âmbito de validade, sendo uma geral e outra especial, seria, então, de

aplicar-se o disposto no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro), que dispõe:

“§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

De acordo com a disposição transcrita, tem-se que a Lei 8.078/90 não revoga nem é revogada pela Convenção de Varsóvia ou pelos demais acordos internacionais em questão. Ambos os regramentos convivem no ordenamento jurídico brasileiro, afastando-se o Código, no ato de aplicação, sempre que a relação de consumo decorrer de contrato de transporte aéreo internacional.

A situação, aliás, é típica dos casos de revogação tácita, nos quais não se verifica efetivamente a exclusão da norma revogada do ordenamento jurídico, senão apenas sua inaplicabilidade, seja ela total ou parcial, no caso concreto.

Assim, devem prevalecer, mesmo nas relações de consumo, as disposições previstas nos acordos internacionais a que se refere o art. 178 da Constituição Federal, haja vista tratar-se de *lex specialis*.

Em terceiro lugar, assentadas essas premissas, cumpre examinar ainda a eficácia e o alcance das disposições constantes do art. 178 da Constituição Federal e também do art. 22 da Convenção de Varsóvia. Neste ponto, a questão diz respeito a determinar-se a modalidade de contratos e a natureza da indenização abrangida pelas regras internacionais.

Dois aspectos devem ficar sobremaneira claros neste debate. O primeiro é que as disposições previstas nos acordos internacionais aqui referidos aplicam-se exclusivamente ao transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens ou carga. A expressão “transporte internacional” é definida no art. 1º da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, nos seguintes termos:

“2. Para os fins da presente Convenção, a expressão transporte internacional significa todo transporte em que, conforme o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto de destino, haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo, estão situados, seja no território de dois Estados Partes, seja no território de um só Estado Parte, havendo escala prevista no território de

qualquer outro Estado, ainda que este não seja um Estado Parte. O transporte entre dois pontos dentro do território de um só Estado Parte, sem uma escala acordada no território de outro Estado, não se considerará transporte internacional, para os fins da presente Convenção”.

A disposição deixa claro o âmbito de aplicação da Convenção, que não alcança os contratos de transporte nacional de pessoas e estão, por conseguinte, excluídos da incidência da norma do art. 22.

O segundo aspecto a destacar é que a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art. 22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral.

Corrobora a interpretação da inaplicabilidade do limite do quantum indenizatório às hipóteses de dano moral a previsão do art. 22, que permite o passageiro realizar “declaração especial” do valor da bagagem, como forma de eludir a aplicação do limite legal.

Afinal, se pode o passageiro afastar o valor limite presumido pela Convenção mediante informação do valor real dos pertences que compõem a bagagem, então não há dúvidas de que o limite imposto pela Convenção diz respeito unicamente à importância desses mesmos pertences e não a qualquer outro interesse ou bem, mormente os de natureza intangível.

Assim, meu voto é no sentido de declarar a aplicabilidade do limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais.

Aliás, com base nos fundamentos acima alinhavados, penso que é de se concluir pela prevalência da Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil em detrimento do Código de Defesa do Consumidor não apenas na hipótese extravio de bagagem. A mesma razão jurídica impõe afirmar a mesma conclusão também nas demais hipóteses em que haja conflito normativo entre os mesmos diplomas normativos.

Para fins da sistemática da repercussão geral, proponho a seguinte tese:

“É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais”.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso extraordinário, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores.<sup>119</sup>

Portanto, depreende-se que as legislações associadas aos fornecedores dos elementos do pacote turístico afetam diretamente a responsabilidade civil da agência turística. A partir dessa decisão do STF, o limite para condenação em danos materiais por extravio de bagagem em voo internacional passa a ser de de 1000 DES (Direito Especial de Saque, a variar conforme a cotação do dia).

## 5. Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que o tema antes controverso sobre a indenização por extravio de bagagens, foi decidido pela Suprema Corte deste país, que restou por aplicar a Convenção de Varsóvia. Note-se que, a decisão abarca o transporte aéreo internacional, tendo em vista que esse é o objeto das Convenções internacionais, então, a princípio, para o transporte nacional é possível ainda a aplicação do CDC, em casos de indenizações seja por dano material ou moral.

A decisão afetou diretamente quanto às agências de turismo que também são responsáveis, de forma solidária, pelos danos materiais e morais decorrentes do extravio de bagagens no âmbito dos contratos de turismo firmados.

Por um lado, uma decisão como esta de modo a limitar o valor gasto tanto pelas agências ou pelas empresas aéreas pode permitir a entrada das empresas de vôos do tipo

---

<sup>119</sup> STF, RE 636331, Relator Min. Gilmar Mendes, em 25/05/2017.

*low cost*, pois haveria uma maior segurança jurídica para esses prestadores de serviço quanto à responsabilização por esses eventuais danos, sendo possível utilizar as Convenções internacionais já utilizadas no exterior. Entretanto, para o lado do consumidor prejudicado pela perda de sua bagagem, tal decisão vem de forma a limitar o direito assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor da efetiva e integral reparação do dano material e moral ocorrido. Inclusive, pois a legislação consumerista vem para proteger o consumidor e não para apenas regular o consumo, tendo em vista que o primeiro é considerado a parte vulnerável dessa relação.

#### Referências

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Constituição da República Federativa, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017.

FEUZ, Paulo Sérgio. *Direito do Consumidor nos contratos de turismo* – Código de Defesa do Consumidor aplicado ao Turismo. Bauru: EDIPRO, 1ª ed., 2003.

MARQUES, Claudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista da Esmese, Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/22388>>. Acesso em 20 set. 2017.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 480.

## **COEXISTÊNCIA: COMÉRCIO ELETRÔNICO E PROTEÇÕES DO CONSUMIDOR**

Amanda Colchete Pinto <sup>120</sup>

**SUMÁRIO:** 1. O REFLEXO DO E-COMMERCE NA REALIDADE 2. PROTEÇÕES NORMATIVAS 3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL 4. CONCLUSÕES.

**RESUMO** Diante do avanço tecnológico e do crescente anseio da sociedade por acesso a serviços mais rápidos e variados, o comércio eletrônico alcançou um crescimento exorbitante nos últimos anos, vindo a causar diversos conflitos envolvendo fornecedores e consumidores. Afinal, a distância impossibilita que o consumidor tenha contato direto com o produto ou serviço oferecido, fazendo com que surjam diversas inseguranças e vulnerabilidades. Por conseguinte, não foi criada, ainda, uma disposição legislativa regulamentadora do comércio eletrônico, sendo aplicado o Código de Defesa do Consumidor a tais conflitos, apesar de não possuir uma regulamentação específica para essas demandas. Em razão dessa realidade, o Poder Executivo, em 15 de março de 2013, editou o Decreto nº 7.962, regulamentando a contratação no comércio eletrônico de forma mais pontual, dirimindo algumas dúvidas e tornando inequívoca a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nessas relações.

Diante desses fatos, e atentando para diversas críticas realizadas ao Decreto e às possibilidades de utilização dos direitos consumeristas no Comércio Eletrônico, esse artigo visa realizar um questionamento acerca da real aplicação dos direitos trazidos no Decreto em questão, ao analisar a atual jurisprudência e a suas principais orientações. Além disso, trazendo as demais regulamentações existentes acerca do tema, será realizada uma reflexão teórica a respeito da necessidade de uma maior proteção dos consumidores diante das relações comerciais através dos estabelecimentos virtuais, observando a sua posição de vulnerabilidade diante dessas relações contratuais de consumo.

---

<sup>120</sup> Graduanda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Graduada em Comércio Exterior na Universidade Estácio de Sá. E-mail: amandacolchete@id.uff.br

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor. Comércio Eletrônico. Lei n° 8.078. Decreto n° 7.962.

**ABSTRACT** Faced with technological advancement and the growing desire of society for access to faster and more varied services, e-commerce has grown exorbitantly in recent years, causing a series of conflicts involving suppliers and consumers. After all, distance makes it impossible for the consumer to have direct contact with the product or service offered, causing diverse insecurities and vulnerabilities to arise. Therefore, a legislative provision regulating e-commerce has not yet been created, and the Consumer Defense Code has been applied to such conflicts, even though it does not have specific regulations for these demands. Due to this reality, the Executive Branch, on March 15, 2013, issued Decree No. 7,962, regulating contracting in electronic commerce in a more specific way, clarifying some doubts and making unequivocal the application of the Código de Defesa do Consumidor in these relations.

In view of these facts, and considering several criticisms made to the Decree and the possibilities of applying consumerist rights to Electronic Commerce, this article aims to question the real application of the rights brought in the Decree in question, when analyzing the current jurisprudence and its guidelines. In addition, bringing the other existing regulations on the subject, a theoretical reflection will be carried out regarding the need for greater protection of consumers in the face of commercial relations through virtual establishments, observing their position of vulnerability to these contractual consumer relations.

**Keywords:** Consumer Law. E-commerce. Law n° 8.078. Decreto n° 7.962.

## O REFLEXO DO E-COMMERCE NA REALIDADE

Primeiramente, como forma de elucidação, cabe definir que o Comércio Eletrônico “engloba todo o processo online de desenvolvimento, marketing, venda, entrega, atendimento e pagamento por produtos e serviços comprados por comunidades mundiais de clientes virtuais, com o apoio de uma rede mundial de parceiros

comerciais.”<sup>121</sup>. Ou seja, é o conjunto de relações travadas entre fornecedor e consumidor, realizadas por um estabelecimento empresarial virtual, através ou não da internet.

Diante desse conceito, é importante saber que o E-commerce tem características inovadoras, e, em contraponto, desafiadoras, havendo a ampliação do alcance de consumidores, já que ocorre a quebra de barreiras geográficas em razão do uso da internet; possibilita a transação de compra e venda via web, tanto de empresas quanto entre indivíduos autônomos, há a transmissão de informações em tempo real, podendo-se realizar compras online; havendo, dessa maneira, uma maior facilidade de comunicação, podendo se utilizar, inclusive de e-mail e outras ferramentas como formas de transmissão de avisos e comunicados acerca da transação; e por fim, permite o Comércio Eletrônico uma grande geração de renda com a utilização de sites que permitem essa permuta.

A partir dessas características marcantes, o Comércio Eletrônico apresenta benefícios aos consumidores, ao mostrar uma forma mais conveniente e cômoda de compra, já que o consumidor não precisa se deslocar de sua casa para ter acesso ao produto ou serviço; apresentar um tempo de entrega reduzido para produtos digitais; possibilitar o compartilhamento de informações com os demais consumidores, já que podem emitir sua opinião sobre o serviço prestado, ou os produtos consumidos de cada fornecedor; além disso, facilita na comparação entre produtos, pois a plataforma digital permite que o consumidor tenha acesso a diversos serviços e produtos que também estão disponíveis no E-commerce por outro fornecedor, o que favorece a competitividade.

Sendo assim, há uma grande oferta de bens e serviços, os quais se encontram com preços mais acessíveis do que os que são disponibilizados pelas lojas físicas, já que, como benefício para as empresas, há uma redução dos custos operacionais, que não necessitam arcar com os gastos com tantos empregados e com o estabelecimento físico.

---

<sup>121</sup> O'BRIEN, James A. Sistemas de informação e as decisões gerenciais na era da internet. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 242.



Além disso, o empresário que investe nessa forma de comércio vem se deparando com o aumento da satisfação dos clientes, que se sentem estimulados pela comodidade e modicidade dos preços; encontra uma forma mais eficiente de gestão e manipulação de dados, já que é possível que todas as informações sejam gravadas e utilizadas para o desenvolvimento da empresa, assim como é possível um monitoramento de preferências dos consumidores, já que se pode desenvolver uma relação direta com os mesmos, tendo, por fim, um potencial aumento de vendas.

As características positivas percebidas nos parágrafos anteriores são reforçadas pelo estudo realizado, no ano de 2017, pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) nas vinte e sete capitais do país.<sup>122</sup> Essa pesquisa demonstrou, primeiramente, que 89% dos internautas realizaram ao menos uma compra online no ano, o que denota uma grande quantidade de consumidores que se lançam, a cada dia mais, nesse tipo de consumo.

Dentre esses, afirmaram que preferem realizar compras virtuais pelos motivos: pelos produtos serem mais baratos (58%), pela comodidade de não precisar sair de casa, ou seu local de trabalho (45%), em razão da possibilidade de realizar a compra no horário desejado, sem precisar ater-se ao de abertura e fechamento das lojas físicas, que, muitas vezes, colidem com os horários de trabalho, impossibilitando uma compra mais tranquila (31%), por apresentar uma forma de economia de tempo, já que não demanda um deslocamento até o estabelecimento (29%). E, por fim, 29% (vinte e nove por cento) aponta a facilidade na comparação de preços dos diversos fornecedores.

Entretanto, apesar das facilidades apontadas, o comércio eletrônico não possui apenas pontos positivos, apresentando diversas incertezas e riscos ao consumidor, sendo esse o ponto principal de apontamento desse trabalho. Afinal, há, muitas vezes, a insegurança de haver uma quebra de sigilo com relação à forma de pagamento utilizada, como os

---

<sup>122</sup> Disponível em: <<http://www.cndl.org.br/noticia/89-dos-internautas-fizeram-compras-online-no-ultimo-ano-aponta-estudo-do-spc-brasil-e-cndl/>>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

dados do cartão de crédito, assim como é possível serem realizadas transações fraudulentas em desfavor do consumidor.

Além disso, há o risco de haver uma quebra da privacidade do consumidor, que, ao informar seus dados, como registro civil, CPF, telefone e endereço, se apresenta como uma parte claramente vulnerável durante o processo de compra virtual. Não se pode ignorar, também, a dificuldade de verificar o produto de forma razoável ao realizar as compras virtuais, já que se encontra distante, fazendo uma compra repleta de incertezas, não se sabendo, ao certo, qual produto irá receber posteriormente. Por fim, é sabido que, repetidamente, ocorrem problemas relacionados à dificuldade de devoluções, já que o consumidor, muitas vezes, não tem uma plataforma de contato imediato com o fornecedor.

Dessa maneira, é perceptível que a distância dificulta que haja um contato direto com o produto ou serviço oferecido, o que resulta em inseguranças e vulnerabilidades por parte do consumidor, o que também é ressaltado pela pesquisa realizada pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL).

Afinal, traz os dados de que os consumidores apresentam como maiores desvantagens nas compras virtuais a ausência de possibilidade de se experimentar e observar o produto (39%), além de não poder levá-lo para casa imediatamente após a compra (42%), assim como a incerteza da entrega do produto nas condições prometidas (30%). A pesquisa também disponibiliza o que os consumidores acreditam serem os maiores contratemplos na compra pelo Comércio Eletrônico, que são a entrega fora do prazo (11%), o não recebimento do produto (6%), o recebimento de produto ou serviço diverso do comprado (6%) e o recebimento de produto danificado (4%). Dentre os que tiveram tais problemas, 37% não conseguiram ter o problema resolvido e ficaram com o prejuízo. Outros 60% disseram ter conseguido solucionar o problema, geralmente com a devolução do dinheiro (26%) ou com a troca do produto (11%).

Após ser demonstrada a relevância do tema e a importância de se abordar acerca do Comércio Eletrônico, tornando-se claro que essa é uma forma de compra extremamente atraente, porém, ao mesmo tempo, insegura para o cliente, serão discutidas as proteções legislativas disponíveis ao consumidor que se utiliza do E-commerce. Assim como será analisada como vem sendo feita a sua aplicação por parte da jurisprudência.

## PROTEÇÕES NORMATIVAS

Primeiramente, é mister que se esclareça que até o ano de 2013, prevaleceu a inércia do legislador, ou seja, não houve nenhuma criação legislativa de regulamentação desse tipo de comércio, não acompanhando a velocidade do desenvolvimento tecnológico. Em razão desse quadro, o Código de Defesa do Consumidor vinha sendo aplicado aos conflitos que surgiam entre os fornecedores e consumidores, o que, apesar de ser minimamente benéfico ao consumidor, não era o essencial. Afinal, não há uma regulamentação específica para essas demandas no Código de Defesa do Consumidor.

Diante de premente necessidade, o Poder Executivo interviu, em março de 2013, editando o Decreto n. 7.962. Esse Decreto não veio a ser o resolutor de todos os problemas que envolvem o tema, assim como não foi a maneira mais adequada de regulamentação, já que se esperava uma normatização proveniente de processo legislativo. Entretanto, o Decreto em questão regulamenta a contratação no comércio eletrônico de forma mais pontual e específica, o que veio em boa hora, dirimindo diversas dúvidas constantes. Além disso, tornou certa a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nessas relações, já que se baseou em seus princípios e promoveu um diálogo entre tais normatizações.

Esse decreto, não muito extenso, ressalta os princípios da transparência e do dever de informar, os quais já estavam previstos nos artigos 6º, inciso III e 31 do Código de Defesa do Consumidor. Conforme se extrai do artigo primeiro do Decreto n. 7.962, onde são trazidos os três pontos basilares dessa regulamentação, ele regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, abrangendo: a necessidade de informações a respeito do produto, serviço e do fornecedor, vindo a tratar dessa indispensabilidade nos artigos

2º e 3º, nos quais há a determinação de haver informações como o nome empresarial e o número de inscrição do fornecedor quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; informações necessárias para sua localização e contato; as características do produto ou serviço; discriminação das despesas adicionais para adquirir o bem; e todas as demais informações relativas à oferta do produto.

O segundo ponto essencial elencado pelo artigo primeiro desse Decreto é a necessidade de haver um atendimento facilitado ao consumidor, o qual é ressaltado no artigo 4º, que dispõe que o fornecedor deve realizar atos como apresentar sumário do contrato no momento da contratação, com todas as informações necessárias e ressaltando as cláusulas limitadoras de direitos; fornecer ferramentas de identificação e correção de erros ocorridos nas etapas anteriores da compra; confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; disponibilizar o contrato ao consumidor após a contratação; manter serviço de atendimento eletrônico, a fim de prestar informações necessárias; confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor; e utilizar mecanismos seguros de pagamento e tratamento de dados do consumidor.

Por fim, a terceira base do decreto se encontra no respeito ao direito de arrependimento, o qual é ressaltado de forma especial. Esse direito é trazido no Decreto n. 7962 nos seguintes termos:

Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou

II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Sendo assim, é importante clarear que esse direito potestativo mostra-se essencial diante das compras realizadas à distância, já que há grandes possibilidades de fraudes, propagandas enganosas e práticas abusivas, as quais são elencadas, de forma não exaustiva, no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, como a venda casada, a recusa de atendimento às demandas dos consumidores, envio ao consumidor produto ou serviço não solicitado, o aproveitamento da ignorância do consumidor para vender o produto ou serviço, execução de serviços sem autorização expressa do consumidor, colocação no mercado de consumo de produto em desacordo com as normativas de órgãos oficiais, recusa de venda de bens a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, elevação do preço dos produtos e serviços sem justa causa, dentre outros.

Esse direito de reflexão permite ao consumidor desistir do contrato no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio<sup>123</sup>, a fim de coibir compras realizadas por impulso, o que vem sendo mais bem regulamentado no artigo 5º do Decreto nº 7.962, apesar de já ter sido previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, conforme se depreende:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título,

---

<sup>123</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. 3º Edição, Editora Método. Pág 220.

durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Tendo em vista os detalhes já abordados, e sendo certo que o direito de arrependimento é demasiadamente importante para a proteção do consumidor diante das compras virtuais, faz-se mister ressaltar que, assim como os demais direitos, o direito de arrependimento não é absoluto, havendo a necessidade de ser aplicado com razoabilidade. Afinal, há certos produtos e serviços, principalmente no que tange aos bens virtuais e aos que são consumidos imediatamente, que não são passíveis de devolução, já que sua utilização já foi dada por completa. Sendo assim, é importante observar a razoabilidade, além do princípio da boa-fé.

Acerca desse assunto, é sabido que há uma divergência doutrinária sobre o que seria “fora do estabelecimento”, vindo Fabio Ulhoa Coelho<sup>124</sup> a coordenar o entendimento de que a questão “fora do estabelecimento” significaria que o consumidor não procurou o estabelecimento comercial. Assim, nas hipóteses do consumidor acessar um site de um fornecedor virtual, teria ido até o estabelecimento, não cabendo, portanto, o direito de arrependimento.

Outrossim, surgem diversos questionamentos doutrinários e críticos proveniente de juristas como Guilherme de Carvalho Doval e Caio Iadocio de Faria Lima<sup>125</sup>, acerca da real necessidade para a defesa do consumidor do uso do direito do arrependimento, vindo a defender que, no contexto da realidade atual, os consumidores seriam mais bem informados, e, conseqüentemente, menos vulneráveis, de forma que tal direito de arrependimento não estaria protegendo a parte mais fraca e vulnerável da relação, mas estaria na contramão do desenvolvimento das pequenas empresas, que são a grande maioria no Comércio Eletrônico.

Entretanto, esses não são os entendimentos mais corretos, já que o consumidor encontra-se em situação de proeminente desequilíbrio a seu desfavor, sendo a parte mais vulnerável da relação, cabendo ao fornecedor, portanto, conhecendo a possibilidade do

---

<sup>124</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. 3ª Edição, Editora Método. Pág 221.

<sup>125</sup> Guilherme de Carvalho Doval e Caio I. de Faria são, respectivamente, sócio e advogado do escritório Almeida Advogados.

arrependimento ser posto em prática, buscar alternativas eficazes para minimizar eventuais prejuízos que venha a sofrer. Afinal, o direito ao arrependimento é um risco que integra a sua atividade, conforme defende a jurista Analice Castor de Mattos <sup>126</sup>, o que se encontra de acordo com o entendimento de Nelson Nery Júnior:

O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas em domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem o que nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor. Essa situação de arrependimento e resolução do contrato de consumo é ínsita aos negócios estabelecidos mediante essa prática comercial.<sup>127</sup>

Faz-se interessante também analisar que, como expressão da forte vinculação da necessidade da utilização do Código de Defesa do consumidor nas relações comerciais ocorridas no ambiente virtual, há a previsão, no artigo 7º do Decreto n. 7.962 que a inobservância das condutas descritas nesse regulamento enseja a aplicação das sanções previstas no art. 56 da Lei n. 8.078 de 1990, ou seja, às sanções previstas pelo Código de Defesa do consumidor, quais sejam: multa, apreensão do produto, sua inutilização; cassação do seu registro junto ao órgão competente; proibição de sua fabricação; suspensão de seu fornecimento; suspensão temporária de atividade; revogação de concessão ou permissão de uso; cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; intervenção administrativa; e imposição de contrapropaganda.

Além do Decreto n. 7.962, brevemente analisado nesse trabalho, é importante saber que existe o Projeto de Lei 281 do ano de 2012 que propõe algumas adaptações importantes ao Código de Defesa do Consumidor no que tange a esse tema do Comércio Eletrônico. Porém, tal Projeto de Lei, apesar de estar submetido ao Regime de Tramitação

---

<sup>126</sup> MATTOS, Analice Castor; Direito de arrependimento no Comércio Eletrônico. Revista Tribuna. Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/direito-de-arrependimento-no-comercio-eletronico/>> Acesso em: 22 de outubro de 2017.

<sup>127</sup> NERY JÚNIOR, Nelson, et al. Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 496.

Prioritária, encontra-se ainda em dependência de julgamento pela Câmara dos Deputados, após ter sido aprovado pelo Senado Federal, em 2015.

Quanto ao projeto de Lei 281 de 2012, é sabido que visa incluir um novo capítulo que trata exclusivamente do E-commerce e de outros assuntos extremamente vinculados, como a privacidade de dados, direito ao arrependimento nesses tipos de relações e envio de e-mail e spam. Essa ideia é bem analisada pela observação da Ementa do projeto, conforme a seguir:

Ementa: Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Explicação da Ementa: Altera a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – para aperfeiçoar as disposições gerais constantes do Capítulo I do Título I, estabelecendo que as normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor e dispor sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, preservar a segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais; as normas aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar; estabelece que o consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço; dispõe que caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor; tipifica como infração penal o ato de veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.

Após analisar, sem a intenção de esgotar o assunto, as proteções legislativas dos consumidores existentes no que tange ao Comércio Eletrônico, sendo certo que ainda são escassas, cabe, então, analisar sua aplicação a partir dos posicionamentos jurisprudenciais dominantes, a fim de ser possível uma melhor perspectiva da defesa dos consumidores nesse âmbito.



## ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Tendo em vista as bases e princípios trazidos pelo Decreto n. 7.962/2013 e no Código de Defesa do Consumidor, já analisados no tópico anterior, faz-se necessário visualizá-las na prática, a fim de que seja possível questionar a aplicação real desse Decreto e do Código de Defesa do Consumidor perante a jurisprudência brasileira.

Sendo assim, primeiramente, cabe analisar a primeira normativa principal determinada pelo Decreto n. 7.962/2013, qual seja, a necessidade de haver a disponibilização de informações claras acerca do produto, serviço e do fornecedor, a qual se observa de forma clara no seguinte julgado do Juizado Especial Cível e Criminal do Distrito Federal, que trata do dever da fornecedora de serviços de buffet e cerimonial em disponibilizar em seu site os dados de localização do fornecedor:

I - Juizados Especiais. Direito civil e do Consumidor. Comércio Eletrônico. Serviços de buffet e cerimonial contratados para casamento por meio de plataforma eletrônica. Ajustes firmados com empresas diversas da ré, que se afirma mera intermediária entre o fornecedor de produtos e/ou serviços e o usuário/comprador. Atividade comercial de simples aproximação para viabilizar negócios por meio da internet não evidenciada pela prova documental reunida aos autos. Hipótese em que pagas à sociedade comercial colocada no polo passivo as prestações ajustadas com empresa diversa para quitação parcelada dos serviços de buffet e cerimonial contratados.

II - creditados à ré os pagamentos devidos pelos serviços contratados com terceiro, caracterizada está a existência de vínculo direto a ligá-la ao consumidor, pelo que civilmente responsável pelos prejuízos causados em decorrência do completo inadimplemento do ajuste firmado. Caso concreto em que não configurada a responsabilidade exclusiva de terceiro. Não só. *Subjetivamente responsável se tornou a recorrente ao deixar de atender, como mantenedora de sítio eletrônico utilizado para oferta ou conclusão de contrato de consumo, aos comandos do decreto federal 7.962/2013, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor normatizando a contratação no comércio eletrônico. II.1. E-commerce. Caracterizada está a falha na prestação de serviços ofertada pela ré que, no exercício dessa modalidade de comércio, desatendeu a obrigação legal de disponibilizar em seu site dados indispensáveis para viabilizar a localização do fornecedor. Omissão ilícita que possibilitou a ocultação da empresa contratada*

*pela autora para realizar as festividades de seu casamento. Inobservância de exigência posta no decreto 7.962\13 (art. 2º, I e II, e art. 3º, III) e que se destina a garantir a facilitação do atendimento ao consumidor...*

(1ª Turma Recursal – Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. ACJ nº. 20130110070519 DF 0007051-39.2013.8.07.0001, rel. Diva Lucy de Faria Pereira - Publicação: 05/12/2013.)

O mesmo princípio é depreendido do julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que dispõe sobre a normativa de se informar o CNPJ da empresa em seu domínio eletrônico. Porém, neste mesmo julgado, é entendido pela desnecessidade da veiculação de cópia do contrato, por apresentar excessiva imposição, já que não é praxe de todas as construtoras, e não há comercialização direta das unidades por meio eletrônico, conforme se percebe:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação civil pública. Determinação de disponibilização no website da construtora da íntegra do contrato fornecido para aquisição das unidades imobiliárias comercializadas, bem como a inserção de seu CNPJ, sob pena de incidir astreintes fixadas em R\$10.000,00, por dia de descumprimento. *O pedido tem por finalidade a adequação do website da agravante aos moldes estatuídos pelo Decreto nº 7.962 /2013, que dispõe sobre a contratação em comércio eletrônico. A aposição do CNPJ da empresa em seu domínio eletrônico é cogente, por força do art. 2º do Decreto nº 7.962 /2013, tratando-se de medida que inspira maior transparência e confiabilidade nos consumidores, além de maior higidez. Com relação à veiculação de cópia do contrato, entretanto, a sua obrigatoriedade não é da praxe de todas as construtoras, sendo aparentemente excessiva a sua imposição, uma vez não verificada a comercialização direta das unidades por meio eletrônico. É certo que o website é um facilitador e atrativo a potenciais consumidores, mas a obrigatoriedade na exposição do contrato, em certa medida só corroboraria para a standardização dos contratos, com a imposição de padrões unilaterais ainda mais rígidos e inflexíveis aos consumidores. Assim, não verificada a venda direta das unidades imobiliárias do empreendimento pelo domínio eletrônico, não se justifica a cópia do contrato. Recurso parcialmente provido.*

(TJ-SP. AI nº. 21862249020158260000, rel. James Siano - Publicação: 07/12/2015.)

Semelhante entendimento se reflete em diversos julgados, como o seguinte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGENCIADORA DE VIAGENS. LIMINAR CONCEDIDA PARA COMPELIR A RÉ A FORNECER EM SEU WEBSITE O NÚMERO DO CNPJ E CÓPIA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PRIMEIRA PRETENSÃO QUE TEM RESPALDO LEGAL. No caso em tela, onde a agravante afirma que não comercializa produtos pela internet, mas é agência de viagens e, portanto, exibe "oferta" ou "propaganda" na condição de "intermediadora na compra de bilhetes aéreos e/ou produtos e serviços turísticos", certamente *tem o dever de exibir seu CNPJ "em local de destaque e fácil visualização", como registram o "caput" e o inciso II, do Decreto Federal 7.962/2013. Com relação à veiculação de cópia do contrato, entretanto, não há o mesmo respaldo legal, uma vez que, como já registrado, a comercialização das viagens não ocorre no site.* Recurso parcialmente provido.

(TJ-SP. AI nº. 22677698520158260000, rel. Gilberto Leme - Publicação: 27/06/2016.)

Deixando um pouco de lado os julgados que reconhecem parcialmente a necessidade do fornecedor de cumprir o disposto no Decreto n. 7.962/2013, é necessário também conhecer o grande posicionamento na tendência de não prover ao consumidor os direitos que foram resguardados pelo Decreto e pelo Código de Defesa do Consumidor, interpretando pela dispensabilidade das informações nos sites eletrônicos, por não entender que certos fornecedores seriam, de fato, integrantes do Comércio Eletrônico, conforme se percebe das decisões a seguir:

Tutela antecipada – Ação civil pública – Pretensão da autora, entidade de defesa de consumidores, fundada no Dec. n. 7.962/13, que regulamenta relações e contratações através do chamado "e-commerce" – Preceito à ré, sob pena de multa mensal, de disponibilizar no seu "site" a sua inscrição no CNPJ-Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica e as minutas de todos os contratos de pacotes turísticos – Inadmissibilidade da tutela, diante da irreversibilidade da providência – Indícios de que a ré já disponibiliza informações e não se dedica ao comércio eletrônico regulado pelo Decreto - Tutela revogada – Recurso provido.

(TJ-SP. AI nº20033630520168260000, rel. Cerqueira Leite. Publicação: 21/06/2016.)

Ação civil pública - Ausência de indicação e autorização expressa dos associados da autora, para o ajuizamento da ação - Demonstração, desde logo, de que a ré não comercializa pacotes turísticos por meio exclusivamente eletrônico, razão pela qual

não lhe são aplicáveis as disposições do Decreto nº 7.962/2013 - Falta de interesse de agir. Evidência de que a autora litiga de má-fé - Imposição de pena, limitada a 1% do valor da causa - Condenação da autora e dos direitos responsáveis pelo ajuizamento da ação ao pagamento do décuplo das custas do processo, por força do art. 17, da Lei nº 7347/85 - Apelo provido em parte.

(TJ-SP. APL nº 10875837520158260100, rel. Silvia Rocha. Publicação: 27/10/2016.)

Com relação ao segundo preceito principal, de que é necessário haver atendimento facilitado ao consumidor, percebe-se a partir do seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que os deveres de possibilitar a resolução de demandas referentes à informação, dúvida, reclamação suspensão ou cancelamento do contrato. Porém, ao mesmo tempo se percebe que não foi dado ao consumidor o direito aos danos morais em razão do extravio da correspondência, por ter sido um erro do correio, sendo configurado como mero aborrecimento, conforme se percebe a seguir:

*APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS COM PRECEITO COMINATÓRIO - ATRASO NA ENTREGA DE OBJETO ADQUIRIDO POR MEIO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO - CORRESPONDÊNCIA EXTRAVIADA - SERVIÇOS DO CORREIO - DANO MORAL - NÃO CONFIGURAÇÃO - MERO ABORRECIMENTO. Conforme dispõe o art. 4º do Decreto nº 7.962 /2013, deve ser facilitado o atendimento ao consumidor no comércio eletrônico, de forma a possibilitar a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato. Verificando-se que a fornecedora encaminhou o produto na data contratada e que referido produto somente não chegou ao seu destino em razão do extravio ocorrido por culpa dos serviços de entrega do correio, não há que se falar em indenização por dano moral. Para que esteja presente o dever de indenizar, são necessários o agir ilícito ou culposo, o dano e onexo causal entre ambos. Inexistindo comprovação de ato ilícito praticado pela empresa de venda de eletrônicos, não há que se falar em danos morais. Os aborrecimentos comuns ao dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis.*

(TJ-MG. AC nº 10511130004332001, rel. José Augusto Lourenço dos Santos. Publicação: 30/11/2016.)

Da mesma maneira, julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstra situação em que consumidor teve dificuldade de ter o cancelamento da compra pela internet, ou seja, houve empecilho no atendimento ao consumidor, indo contra ao inciso II do artigo 1º e artigo 4º do Decreto n. 7962/2013. Além disso, apesar de ter havido tal dificuldade, o tribunal entendeu que não seriam cabíveis danos morais, em razão da ausência de violação aos direitos personalíssimos, vindo a negar o recurso ao consumidor, mostrando-se, portanto, contrário aos preceitos de proteção previstos no Código de Defesa do Consumidor, conforme é possível observar:

TURMA RECURSAL CÍVEL. RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. CONSUMIDOR. COMPRA DE PRODUTO EM DUPLICIDADE. PELA INTERNET VIA CARTÃO DE CRÉDITO E PELO TELEMARKETING. PAGAMENTO EM DUPLICIDADE. DIFICULDADE DE CANCELAMENTO DA COMPRA PELA INTERNET. OPERAÇÃO DA INTERNET QUE RESTOU CANCELADA E OS VALORES EXTORNADOS À CONSUMIDORA. DANOS MORAIS INOCORRENTES. AUSENTE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

(TJ-RS - Recurso Cível: 71005528179 RS, Relator: Luiz Felipe Severo Desessards, Data de Julgamento: 30/10/2015, Quarta Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/11/2015)

Sendo assim, cabe ressaltar que tal preceito, relacionado à disponibilização de atendimento facilitado ao consumidor, vem sendo constantemente não apreciado como forma essencial de proteção ao consumidor, vindo, muitas vezes, a ser ignorado, podendo tal realidade ser percebida pelo número escasso de decisões acerca dessa normativa basilar.

Com relação ao direito de arrependimento, sendo este o terceiro preceito cominado pelo Decreto n. 7.962, é mais bem apreciado pela jurisprudência, vindo a ter uma aplicação mais favorável ao consumidor, o qual é visto como vulnerável perante a relação de consumo realizada através do Comércio Eletrônico. Esse posicionamento é passível de ser analisado através dos seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Rio de Janeiro, respectivamente:

DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA ELETRÔNICA DE BENS MÓVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MULTA DE MORA DO FORNECEDOR. OBRIGATORIEDADE. EQUILÍBRIO CONTRATUAL. *Ante o comprovado e reiterado descumprimento do prazo de entrega dos produtos adquiridos nas lojas eletrônicas administradas pela requerida, bem como a situação de fragilidade e desequilíbrio em que se encontra o consumidor, sempre apenado em caso de mora,* prospera a pretensão do Ministério Público para que arque a requerida com o pagamento de multa de mora de 2% sobre o valor da compra em caso de atraso de suas obrigações, incidente também quando do exercício do direito de arrependimento, devendo o consumidor ser informado com clareza sobre tal obrigação da fornecedora. *Inteligência dos artigos 39, inciso XII, e 49, § único, do Código de Defesa do Consumidor.* Sentença reformada. Recurso provido para julgar procedente a ação.

(TJ-SP. AC nº 0225974-71.2008.8.26.0100, rel. Felipe Ferreira. Publicação: 25/05/2017.)

AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA EM SEDE DE APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. *Exercício do direito de arrependimento quanto a serviço de internet móvel no prazo legal.* Contas de cobrança indevidamente geradas. Inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito. Dano moral in re ipsa. Verba compensatória que merece majoração para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Incidência de correção monetária quanto à diferença a partir deste julgado. Fixação de juros de mora em 1% ao mês, com termo a quo da data da citação. Baixa complexidade da demanda que não justifica a majoração dos honorários. Aplicação dos verbetes 75, 89 e 161, da súmula do TJ/RJ e 362 do STJ. Jurisprudência dominante. Recurso a que se nega provimento.

(TJ-RJ. Agravo Interno na Apelação Cível nº 000032960.2012.8.19.0204, Rel. José Acir Lessa Giordani, Vigésima. Julgado em 28/08/14)

Prosseguindo na análise jurisprudência, percebe-se que o assunto foi tratado, também, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vindo a reconhecer o direito de arrependimento do consumidor na aquisição de passagem aérea. Entretanto, o entendimento foi de que não foi hipótese de cobrança indevida, não sendo possível aplicar a norma prevista pelo artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da repetição de indébito e da vedação da exposição do consumidor a constrangimentos.

Dessa maneira, mostra-se o entendimento negativo à possibilidade de dano moral, conforme o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRANSPORTE. TRANSPORTE DE PESSOAS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO SIMPLES. AQUISIÇÃO DE PASSAGEM AÉREA. CANCELAMENTO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. Considerando que o demandante requereu o cancelamento da passagem aérea, na forma do art. 49 do CDC, resta reconhecido o dever de ver restituído integralmente o valor pago pelo bilhete aéreo. *Impossibilidade de aplicação da norma prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, uma vez que a restituição dos valores decorre do exercício do direito de arrependimento pelo autor, não sendo hipótese de cobrança indevida. Hipótese em que não se evidencia a configuração de dano moral indenizável, sendo descabida a pretensão indenizatória.* Ônus sucumbenciais redimensionados. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

(TJ-RS - AC: 70073734469 RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Data de Julgamento: 13/09/2017, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/09/2017)

Por fim, com relação aos segundo e terceiro preceitos, com relação ao atendimento facilitado e ao direito de arrependimento, é interessante observar o voto dado no Conselho Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Recurso n. 0006586-06.2014.8.19.0019, que, após diversas divergências de julgamentos, foi julgado favoravelmente ao consumidor, que teve resguardado seu direito aos danos materiais e morais, evidenciando sua real vulnerabilidade, e a necessidade de sua proteção, conforme se verifica:

Arrependimento da compra (art. 49 CPC)- O autor adquiriu pela internet um Sapatênis em 21/07/2014 por R\$279,90, que foi entregue na data de 29/07/2014. O produto não coube no pé do autor, que realizou reclamação perante a empresa ré solicitando a troca do produto ou a devolução do dinheiro, sem êxito (e-mail de reclamação às fls.11/13). Pleito de devolução do valor pago pelo produto em dobro e de indenização por danos morais. Contestação às fls.37, arguindo que o autor não efetuou a devolução do produto, para que o valor pudesse ser estornado. Projeto de Sentença homologado no Juizado Especial Adjunto Cível da Comarca de Cordeiro/Macuco, pela Juíza Samara Freitas Cesário, às fls.35, que condenou o réu a restituir ao autor a quantia de R\$279,90 a título de perdas e danos e julgou

improcedente o pedido a título de danos morais. Recurso da parte autora às fls.45, com gratuidade fls.56. Provimento parcial do recurso da parte autora para condenar a ré a pagar a quantia de R\$1.800,00, com correção e juros do art. 407CC/02 a partir da publicação do acordão, como compensação pelos danos morais em razão da frustração, angústia e desconforto experimentado pelo autor em razão do Sapatênis adquirido em 21/07/2014 por R\$279,90, que foi entregue na data de 29/07/2014 e não coube no pé do autor, que realizou reclamação perante a empresa ré solicitando a troca do produto ou a devolução do dinheiro e não obteve êxito. Mormente em se tratando de empresa de e-commerce que faz publicidade para que os consumidores adquiram vários produtos idênticos de tamanhos diferentes, para depois devolverem os que não desejam, senão vejamos, como retirado na página: "Faturamento do e-commerce no Brasil é da ordem de 30 bilhões/ano com crescimento anual de 24% DECRETO 7962 DE 15/03/2013 Art. 4o Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato; VI confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; Art. 5o O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. § 1o O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados. § 2o O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor. § 3o O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que: I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado. § 4o O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento." Pelo exposto, voto pelo provimento parcial do recurso da parte autora para condenar a ré a pagar a quantia de R\$1.800,00, com correção e juros do art. 407CC/02 a partir da publicação do acordão, como compensação pelos danos morais. Sem honorários por se tratar de recurso com êxito. Rio de Janeiro, 07 de maio de 2015. Flávio Citro Vieira de Mello Juiz Relator (TJ-RJ - RI: 00065860620148190019 RJ 0006586-06.2014.8.19.0019, Relator: Flavio Citro Vieira de Mello, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: 10/06/2015)



## CONCLUSÕES:

Os objetivos desse artigo abrangiam a realização de uma reflexão teórica acerca da necessidade ou não de uma maior proteção dos consumidores diante das relações comerciais através dos estabelecimentos virtuais, observando a sua posição de vulnerabilidade diante dessas relações contratuais de consumo.

Sendo assim, primeiramente foi feita uma retomada da conceituação, características, benefícios e riscos desse tipo de relação de consumo realizada através do ambiente virtual, vindo-se a compreender a extrema relevância do tema, em razão da grande quantidade de consumidores que se lançam nessa possibilidade de compra, já que se apresenta como mais cômoda e econômica. Além disso, mostrou-se claro os grandes riscos a que os consumidores são expostos em razão da distância constante do fornecedor e do próprio produto ou serviço a ser adquirido.

Em um segundo plano foram analisadas as proteções legislativas que se encontram a disposição do consumidor, as quais foram concluídas como escassas, vindo a ser visível a necessidade de uma regulamentação legislativa, proveniente da produção pelo Poder Legislativo, possuindo este a legitimidade necessária, o que ainda se encontra como Projeto de Lei, em razão, talvez, da falta de interesse e pressão por essa defesa essencial. Diante disso, atualmente, a regulamentação mais específica existente no que tange ao Comércio Eletrônico é unicamente o Decreto n. 7.962, o qual dialoga diretamente com o Código de Defesa do Consumidor, vindo a ser um escudo do consumidor com relação às práticas abusivas por parte do fornecedor.

E, por fim, o presente trabalho tinha o escopo de produzir questionamentos acerca da real aplicação dos direitos trazidos no Decreto n° 7.962, ao analisar a atual jurisprudência e a suas principais orientações, vindo a concluir, quanto a esse ponto, que ainda é deveras instável a proteção do consumidor diante da necessidade de maiores informações nos sítios eletrônicos de venda, vindo a ser negado diversos recursos ao consumidor, e, até mesmo, considerando que certas informações são dispensáveis.

Além disso, foi possível realizar o mesmo questionamento acerca do pressuposto de que é necessário haver uma facilitação ao atendimento ao consumidor, em razão da conclusão de que há certa negligência nos julgados percebidos, afinal, há escassa quantidade de decisões favoráveis ao consumidor, e, até mesmo, tratando do assunto com a devida relevância.

Por fim, com relação ao direito de arrependimento, os julgados se mostraram mais favoráveis ao consumidor, que passa a ser visto, de forma correta, como a parte mais vulnerável das relações de consumo travadas nos ambientes virtuais. Porém, como foi possível perceber, também existe um forte entendimento construído no sentido de que as falhas causadas pelos fornecedores são consideradas mero aborrecimento, não vindo a se caracterizar como verdadeiro dano ou constrangimento.

Dessa maneira, é interessante finalizar apontando a grande imprescindibilidade de se majorar a proteção do consumidor, que, até mesmo perante o Poder Judiciário, quando os conflitos são tratados após a demonstração de ineficácia dos modos de resolução de problemas menos onerosos e desgastantes, tem sido privado de seus direitos perante tais relações de consumo. Sendo certo, por fim, que é necessário haver um debate maior acerca da necessidade de haver uma regulamentação mais legítima, assim como de sua aplicação em vistas de uma salvaguarda maior do consumidor.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

DECRETO Nº 7.962, DE 15 DE MARÇO DE 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm)>

Acesso em: 8 de setembro de 2017.

FIGUEIREDO, Márcio Schuber Ferreira; FIGUEIREDO, Cristiane Xavier; MOREIRA, Halbert de Matos. *Comércio Eletrônico e o Direito do Consumidor no Brasil*. Disponível em: <[http://www.unipacto.com.br/revista2/arquivos\\_pdf\\_revista/revista2015/8.pdf](http://www.unipacto.com.br/revista2/arquivos_pdf_revista/revista2015/8.pdf)>. Acesso em: 8 de setembro de 2017.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio Eletrônico*. 1ª Edição. Editora Revista dos Tribunais.

LAUDON, Kenneth C; LAUDON, Jane P. *Sistemas de informações gerenciais*. São Paulo: Prentice Hall, 2011.

LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)> Acesso em: 8 de setembro de 2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MATTOS, Analice Castor. *Direito de arrependimento no Comércio Eletrônico*. Revista Tribuna. Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/direito-de-arrependimento-no-comercio-eletronico/>> Acesso em: 22 de outubro de 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson, et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.  
TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª Edição, Editora Método, 2017.

## **A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E SERVIDORES PÚBLICOS DO RIO DE JANEIRO À LUZ DA LEI 7.553/17**

Carla Maria de Barros Garcia Nunes<sup>128</sup>

**SUMÁRIO** 1.INTRODUÇÃO 2. A CRISE NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 3. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO 4. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 5. INDÉBITO EM DOBRO 6.CONCLUSÃO

### **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo analisar a incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação de prestação de serviços de crédito estabelecida entre servidores públicos do estado do Rio de Janeiro e instituições financeiras - relação esta que ganhou novas nuances à luz da Lei 7.553/17. Simultaneamente a essa análise, pode ser traçado um panorama da aplicação do referido Código nas relações de consumo firmadas entre as instituições bancárias e os seus correntistas.

Promulgada em 12 de abril do corrente ano, a referida lei prevê a aplicação de sanções dispostas no Código de Defesa do Consumidor a instituições bancárias, quanto ao descumprimento da proibição de desconto automático de empréstimos consignados de servidores públicos ativos e inativos, após desconto já efetuado em folha de pagamento. A medida se estende a aposentados e pensionistas, e sua principal proposta é evitar que os servidores sejam duplamente descontados. Assim, a lei tem como objetivo indireto a proteção dos servidores sob a perspectiva de sua vulnerabilidade no atual cenário de persistente crise econômica que assola o estado do Rio de Janeiro

**Palavras-chave:** Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Instituições Financeiras. Empréstimo. Servidores.

---

<sup>128</sup> Graduanda do 7º período do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense em Niterói

## **ABSTRACT**

The purpose of this article is to analyze the impact of the Consumer Defense Code on the provision of credit services between public servants and financial institutions, which has gained new nuances with the Law 7553/17, linking up the application of the Code in the relations between banking institutions and their account holders.

Promulgated on April 12 of this year, the law provides for the application of sanctions set forth in the Consumer Defense Code to financial institutions regarding noncompliance with the prohibition of automatic discount of consigned loans of active and inactive public servants, after a discount already made in payroll. The measure extends to retirees and pensioners, and its main proposal is to avoid that the servers are doubly discounted. The Law has as indirect goal the protection of the servers under the perspective of their vulnerability in the recent context of persistent economical crisis over Rio de Janeiro.

**Keywords:** Consumer Defense Code. Incidence. Institution. Loans. Servers.

## **INTRODUÇÃO**

Promulgada em 12 de abril de 2017, a discussão sobre a Lei 7.553/17 se amplifica ao passo que sobre ela incidem divergências suscitadas periodicamente, que tratam diretamente da influência do Código de Defesa do Consumidor nas relações dos bancos com seus correntistas. Neste diapasão, O Superior Tribunal de Justiça se propôs a pacificar a questão com a edição da Súmula 297, e o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 2591, ratificando o entendimento no sentido da procedência da sujeição das instituições financeiras às regras do CDC.

Analisando-se a Lei 7.553/17, ressalta-se a incidência do Código na aplicação das sanções em caso de descumprimento do disposto em lei. O texto legal prevê, em seu art. 2º, que o servidor indevidamente descontado deverá ser reembolsado pela instituição financeira, no prazo máximo de 72 horas, sob os termos do parágrafo único do art. 42 do CDC, que prevê o direito do consumidor à repetição do indébito em dobro.

Não obstante a atual tendência da jurisprudência no entendimento de que o direito de repetição do indébito na modalidade em dobro só se justifica quando comprovados pelo autor da Ação de Repetição a má-fé ou dolo do fornecedor, e sem prejuízos de eventuais críticas a esse entendimento sob a perspectiva da natureza das relações de consumo, é interessante vislumbrar a previsão explícita de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, pode-se discutir, a partir da promulgação da Lei 7.553/17, as implicações jurídicas da incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações da instituição financeira com os correntistas servidores públicos, bem como analisar essa relação sob a perspectiva da tendência de endividamento oriundo das atuais nuances das relações consumo, aliada e impulsionada pelo panorama de crise econômica que assola o estado do Rio de Janeiro.

## **2) A CRISE NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Em primeiro lugar, é fundamental que, antes de tentar interpretar e compreender a letra de qualquer enunciado normativo, o hermenêuta se proponha a uma investigação a respeito do contexto social, político e econômico que permeia a elaboração da norma. A compreensão dessa realidade por trás da edição normativa colabora para que o trabalho exegético se torne mais eficaz, no sentido de promover o entendimento do *occasio legis*, que pode ser interpretado como

*[...]complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanação do texto; causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento*

*dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgá-los; fatos contemporâneos da elaboração; momento histórico, ambiente social, condições culturais e psicológicas sob as quais a lei surgiu e que diretamente contribuíram para a promulgação (MAXIMILIANO, 2009).<sup>129</sup>*

Neste sentido, para compreender a edição da Lei 7.553/2017, é interessante observar aspectos sociais e econômicos que influenciaram sua elaboração e promulgação, até mesmo para traçar a sua perspectiva de aplicabilidade futura. É inegável que a crise econômica que assola o estado do Rio de Janeiro transformou de forma avassaladora a vida de milhares de cidadãos, alcançando a população fluminense em sua totalidade – alguns em maior ou menor escala, mas todos direta ou indiretamente atingidos.

A crise econômica, que pode ser compreendida, a grosso modo, dentro de um contexto de má gestão política combinada a uma série sucessiva de erros no setor econômico, começou a anunciar sua chegada ainda no ano de 2015, no decorrer do boom dos grandes eventos esportivos ocorridos no Brasil entre 2013 e 2016. A crise do petróleo, combinada com a instabilidade política e econômica a nível estadual e também nacional fizeram com que, no curso do ano de 2016, a crise crescesse e tomasse proporções cada vez maiores, culminando com a rejeição das contas do estado pelo Tribunal de Contas nesse mesmo ano, e seu derradeiro estabelecimento no corrente ano de 2017.

Sem prejuízo da necessidade de se estudar mais profundamente as razões por trás da crise financeira e política que se instalou no estado, basta, para fins do presente artigo, compreender como o fenômeno da crise impactou tão seriamente a qualidade de vida, o poder aquisitivo e os hábitos de consumo da população fluminense, e como esse impacto influenciou as relações de entre correntistas e instituições financeiras, por meio da edição da Lei 7.553/2017.

Não obstante o fenômeno da crise poder ser observado em todas as camadas sociais da população, como já foi dito, seja direta ou indiretamente, é inegável que seus efeitos

---

<sup>129</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*: 19 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

repercutiram com mais força entre aposentados, pensionistas e servidores públicos das instituições do estado, como técnicos administrativos, professores, profissionais de saúde, entre outros, que vêm sofrendo há algum tempo com o atraso e parcelamento de seus vencimentos e proventos.

Na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, é possível perceber a seriedade do impacto da crise enquanto obstáculo na realização até mesmo das atividades mais básicas, acompanhando uma crise das Instituições de Ensino Superior a âmbito nacional, que sofrem com o corte de verbas de manutenção e de renovação das instituições. (MANCEBO, 2017).<sup>130</sup>

Nesse cenário nada favorável, é comum que os gastos sejam drasticamente reduzidos e as despesas passem a ser mais controladas, com a mudança no padrão de consumo. Além disso, outro fator agravante é a existência de obrigações contraídas antes do início da crise, que acabam tornando o quadro ainda mais problemático, devido a uma instabilidade que aparentemente parecia imprevisível. Todos continuam obrigados, independentemente de mudança de suas condições financeiras e de seu nível e padrão de poder aquisitivo.

### **3) EMPRÉSTIMO CONSIGNADO**

Desta forma, para cumprir com as obrigações assumidas, além de manter o padrão mínimo de vida com custos de alimentação, moradia, transporte e medicamentos, muitos servidores, aposentados e pensionistas têm recorrido aos empréstimos para tentar enfrentar suas dificuldades financeiras. No meio caótico proporcionado pela crise os servidores vislumbram o contrato de empréstimo de mútuo feneratício como a única – ou pelo menos a mais rápida – solução para continuar sobrevivendo.

---

<sup>130</sup> MANCEBO, Denise. Crise político-econômica no Brasil: Breve análise da educação superior. Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/es/2017nahead/1678-4626-es-es0101-73302017176927.pdf> > Acesso em: 1 dez 2017.



A modalidade mais adotada para os servidores públicos estáveis é a de empréstimo consignado. Essa modalidade é tida como a mais prática e rápida. Nesse sentido,

*contrato de empréstimo consignado nada mais é do que um contrato de mútuo oneroso, também chamado de empréstimo de consumo prôt de consommation ou simple prôt). Tem como peculiaridade o empréstimo de dinheiro, que será pago, no prazo convencional, pelo mutuário, mediante descontos em sua folha de pagamento. (SCHNEIDER, 2008 apud SANSEVERINO, 2006, p. 259).<sup>131</sup>*

É nessa seara que surge a dificuldade em se realizar um encaixe minimamente harmônico entre a necessidade desses clientes de contrair um empréstimo para quitar as suas dívidas e a oferta crescente dessa opção pelas instituições financeiras, em pleno cenário de crise.

É importante debater a relação entre esses consumidores e os bancos neste momento, ante a flagrante vulnerabilidade dessa clientela em face da sua fragilidade e instabilidade econômica em um estado com custo de vida tão alto quando o Rio de Janeiro, gerando uma combinação de elementos que os transforma em alvos fáceis para as práticas abusivas e para os padrões de superendividamento. Sobre esse termo, assim ensina Cláudia Lima Marques:

*O superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com Fisco, oriunda de delitos e de alimentos). Este estado é um fenômeno social e jurídico, a necessitar algum tipo de saída ou solução pelo Direito do Consumidor, a exemplo do que aconteceu com a falência e concordata no Direito da Empresa, seja o parcelamento, os prazos de graça, a redução dos montantes, dos juros, das taxas, e todas as demais soluções possíveis para que possa pagar ou adimplir todas ou quase todas as suas dívidas, frente a todos os credores, fortes e fracos, com garantias ou não. Estas soluções, que vão desde a informação e o controle da publicidade, direito de arrependimento, para prevenir o superendividamento, assim como*

---

<sup>131</sup> SCHNEIDER, Brenda. O superendividamento e o controle do empréstimo consignado. Rio Grande do Sul. 13 nov 2008. Disponível em: < [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_2/brenda\\_schneider.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/brenda_schneider.pdf) >. Acesso em 02 dez 2017.

*para tratá-lo são fruto dos deveres de informação, cuidado e principalmente de cooperação e lealdade oriundas da boa-fé para evitar a ruína do parceiro (exceção da ruína), que seria esta sua "morte civil", exclusão do mercado de consumo ou sua "falência" civil com o superendividamento. (MARQUES, 2010)<sup>132</sup>*

Sem adentrar ao mérito sobre a prática das instituições financeiras de fomentar a tomada de empréstimo por esses servidores, a problemática real gira em torno de uma prática cada vez mais comum e ao mesmo tempo abusiva: o desconto duplo efetuado na conta bancária desses clientes. Devido aos recorrentes atrasos e parcelamentos dos salários dos servidores, o que ocorre, basicamente, é que a instituição financeira desconta duas vezes o valor da parcela de empréstimo em suas contas, ocasionando ainda mais problemas de ordem financeira, além de transtornos emocionais.

A partir desse problema, foi editada a Lei 7.553, de 12 de abril de 2017, que proíbe o desconto em conta dos empréstimos consignados contraídos por servidores ativos e inativos, estendendo-se igualmente a aposentados e pensionistas. O art. 1º da lei prevê que

*As instituições financeiras do estado do Rio de Janeiro ficam proibidas de descontar automaticamente das contas-correntes as parcelas relativas a empréstimos consignados, quando o desconto já tiver sido realizado na respectiva folha de pagamento dos servidores públicos ativos e inativos, aposentados e pensionistas.<sup>133</sup>*

A partir do que foi trabalhado até o presente momento, tem-se a constatação da importância da referida lei no que tange a uma previsão legal que tenha como objetivo a proteção dos servidores, aposentados e pensionistas tomadores de empréstimos, coibindo que estes sejam duplamente descontados.

---

<sup>132</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89/90.

<sup>133</sup> RIO DE JANEIRO. LEI 7.553 DE 12 ABRIL DE 2017. Proíbe o desconto em conta dos empréstimos consignados contraídos por servidores ativos e inativos, aposentados e pensionistas, na forma que menciona. Publicado em 17 abr 2017. Disponível em: < <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/70168024bf3f72c483258106006dddb5> >. Acesso em 12 ago 2017.

#### 4. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Não obstante a já significativa iniciativa em editar um diploma legal que trate especificamente dos problemas que afligem os servidores, talvez o ponto mais interessante nessa lei seja a escolha do método de sanção aplicável às instituições financeiras caso incorram no descumprimento do referido estatuto normativo. Tem-se no art. 4º :

*Art. 4º - O descumprimento ao disposto na presente Lei sujeitará o infrator às sanções do Código de Defesa do Consumidor.*

*Parágrafo Único. Os recursos oriundos das sanções de que trata o caput deste artigo serão destinados ao Fundo Especial de Apoio a Programas de Proteção e Defesa do Consumidor - FEPROCON.<sup>134</sup>*

Pode-se depreender desse enunciado normativo, portanto, que o descumprimento das previsões normativas estabelecidas na lei sujeitam o infrator – a instituição financeira, no caso – às sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor. Assim, se o banco efetuar o desconto duas vezes, em tese, o Código de Defesa do Consumidor seria a norma aplicável adequada. Neste sentido também é o art. 2º:

*Art. 2º - O servidor público ativo ou inativo, aposentado ou pensionista, que comprovar o desconto em conta-corrente concomitante com o desconto em folha, deverá solicitar o reembolso dos valores descontados em sua conta-corrente à instituição financeira, nos termos do parágrafo único do artigo 42 da Lei Federal nº 8078, de 11 de setembro de 1990.*

*Parágrafo Único. O reembolso de que trata caput deste artigo deverá ser efetuado no prazo máximo de 72 (setenta duas) horas, contados da solicitação.*

---

<sup>134</sup> BRASIL. Lei n. 8.078 - 1990. Código de defesa do consumidor. São Paulo: Enciclopédia Britânica do Brasil, 1991. 44p.

A partir da análise sistemática desse artigo, tem-se que o legislador reconheceu e previu a possibilidade da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor nos casos de desconto em dobro. Essa previsão se torna importante na medida em que a incidência das normas do CDC na relação dos clientes com as instituições bancárias foi amplamente discutida na esfera jurídica. A interpretação sobre essa relação e a sua classificação como relação de consumo passou por diversos debates e interpretações que, apesar de relativamente pacificado no mundo dos tribunais, ainda geram discussão, principalmente na seara doutrinária.

Como tentativa de dirimir a questão, o STJ, em 2004, editou a Súmula 297, que dispõe que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, utilizando como referência o art. 3º, § 2º do CDC, que dispõe que

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

*§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

Julgado no STJ, o REsp N. 57.974-RS (94.386150), dispõe em sua ementa:

*[...]Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco.*

Em seu voto, o ministro relator Ruy Rosado de Aguiar ainda defendeu que

*O recorrente, como instituição bancária, está submetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor, não porque ele seja fornecedor de um produto, mas porque presta um serviço consumido*

*pelo cliente, que é o consumidor final desses serviços, e seus direitos devem ser igualmente protegidos como o de qualquer outro, especialmente porque nas relações bancárias há difusa utilização de contratos de massa e onde, com mais evidência, surge desigualdade de forças e a vulnerabilidade do usuário.*

O entendimento do ministro para julgar procedente essa incidência do CDC não se deu por causa da conceituação da instituição bancária como fornecedora de um produto, mas sim da compreensão do cliente enquanto consumidor final do serviço prestado, destacando ainda a sua vulnerabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça compreende o conceito de consumidor final adotado pela *Teoria Finalista Mitigada*, que abarca como consumidor tanto aquele que adquire o produto ou se utiliza do serviço para uso pessoal, quanto aqueles que conferem ao bem uma destinação de modo a implementar sua atividade produtiva, desde que comprovada sua hipossuficiência, como nos casos de pequenos empreendedores e profissionais liberais. Neste sentido:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. TEORIA FINALISTA APROFUNDADA. Ao aplicar o art. 29 do CDC, o STJ tem adotado a teoria do finalismo aprofundado, na qual se admite, conforme cada caso concreto, que a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada a consumidor, quando demonstrada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor ou vendedor, ainda que não destinatária final do serviço. Agravo provido. (Acórdão n. 724712, Relatora Des<sup>a</sup>. ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6<sup>a</sup> Turma Cível, Data de Julgamento: 16/10/2013, Publicado no DJe: 22/10/2013).*

Já o Supremo Tribunal Federal também enfrentou a questão ao julgar, em junho de 2006, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591. Ajuizada pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras (Consif), a referida ADIn arguia justamente a inconstitucionalidade do par. 2º art. 3º do CDC, já expresso acima, atacando a parte do texto que dispõe sobre a aplicabilidade do Código nas “atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”.

A Confederação argumentava, principalmente, que a incidência das normas do CDC às relações de consumo sobre as atividades bancárias afrontava o art. 192 da Constituição Federal, que assim dispõe:

*Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.*<sup>135</sup>

Nessa interpretação, a Consif entendia que o CDC carecia, enquanto lei ordinária, de legitimidade formal para regular as respectivas relações, já que haveria reserva da matéria para lei complementar.

Não obstante a Lei 4.595/1964 ter sido recepcionada pela Carta da República e ganhado, pela práxis, *status* de lei complementar, para regular o disposto no art. 192 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a referida lei pode ser interpretada especificamente na regulação das atividades típicas das instituições financeiras, não existindo relação de prejudicialidade entre a incidência das suas normas e das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Tem-se, portanto, que ambos os diplomas legais podem ser aplicados, harmoniosamente, sendo construída essa relação a partir da análise do caso concreto e das cláusulas contratuais, não prosperando o argumento de que o Código de Defesa do Consumidor vise derrogar a Lei da Reforma Bancária (DALLAGNOL, 2002).<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

<sup>136</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4604](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4604)>. Acesso em dez 2017

Destarte, a Suprema Corte, por nove votos a dois, julgou improcedente o pedido, ratificando o entendimento no sentido da regularidade da sujeição das instituições financeiras às regras do CDC, uma vez que as relações de consumo dessa natureza devem por ele ser protegidas. Partindo do pressuposto da possibilidade de uma existência harmônica entre ambas as leis, podendo ambas existir e serem aplicadas concomitantemente sem que necessariamente procedam a um processo de exclusão recíproca, cabe a interpretação dessa relação dentro da Teoria do Diálogo das Fontes.

A referida teoria foi originalmente desenvolvida pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Heldeberg, na Alemanha, e buscava uma harmonização quando da aplicação de diferentes dispositivos legais. No Brasil, a teoria foi importada e reestruturada sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro por Claudia Lima Marques, inicialmente voltada para a harmonização da aplicação das normas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Nas palavras de Lima Marques:

*É o chamado ‘diálogo das fontes’ (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (Jayme, Recueil des Cours, 251, p. 259), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais [...]*

*[...] ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes). (MARQUES, 2009)*

O professor Flávio Tartuce também se manifesta sobre a teoria e compreende que “a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico).”

(TARTUCE, 2012)<sup>137</sup> Assim estriam superadas as máximas "*lex posteriori derogat priori*", "*lex superiori derogat inferiori*" e "*lex specialis derogat generali*".

Assim, pode-se afirmar que o argumento de hierarquia e especialidade arguido pela Consif resta ultrapassado, uma vez que a tendência jurídica para o futuro é buscar um ponto de convergência entre as normas, e não de exclusão, como apregoa a doutrina clássica, tendente ao ostracismo.

Além dos argumentos já utilizados, uma outra possível interpretação em defesa da incidência do CDC nas relações de consumo nas instituições bancárias é a interpretação dessa relação à luz da Constituição Federal de 1988. É cada vez mais comum o processo de constitucionalização das normas, ou seja, a tendência a visualização e interpretação das normas a partir de uma análise do espírito constitucional, principalmente no tocante a direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana.

Nesse viés, pode-se extrair a importância do CDC nessa relação, já que intenta proteger uma das partes do vínculo contratual que evidentemente se encontra mais fraca que a outra, chancelando a proteção conferida constitucionalmente.

## **5. INDÉBITO EM DOBRO**

Analisando-se a Lei 7553/17, ressalta-se a incidência do Código na aplicação das sanções em caso de descumprimento do disposto em lei. O texto legal prevê, em seu art. 2º, que o servidor indevidamente descontado deverá ser reembolsado pela instituição financeira, no prazo máximo de 72 horas, sob os termos do parágrafo único do art. 42 do CDC, que prevê o direito do consumidor à repetição do indébito em dobro:

---

<sup>137</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 2. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 66



*Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.*

*Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.*

Não obstante a ausência de parâmetros legais ou entendimentos consolidados em súmulas, por exemplo, prevalece a atual tendência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais em geral no entendimento de que o direito de repetição do indébito na modalidade em dobro só se justifica quando comprovados pelo autor da Ação de Repetição a má-fé ou dolo do fornecedor (no caso em tela, a instituição bancária). Neste sentido:

***Ementa:*** AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. MONTEPIO CONVERTIDO EM SEGURO DE VIDA. PAGAMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ. HIPÓTESE, NO CASO, DE INDÉBITO SIMPLES. DECISÃO MANTIDA. 1. A repetição do indébito prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC somente é devida quando comprovada a má-fé do fornecedor; em não comprovada a má-fé, é devida a restituição simples. Precedentes do STJ. 2. No caso, não comprovada a má-fé, deve ser reformado o acórdão para afastar o indébito em dobro, mantido na modalidade simples. 3. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt nos EDcl no REsp: 1316734 RS 2012/0063084-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/05/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2017)

Sem prejuízo de eventuais críticas a esse entendimento sob a perspectiva da natureza das relações de consumo e da posição de vulnerabilidade do consumidor, é interessante vislumbrar a previsão explícita de aplicação do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, basta o servidor público (também aposentados e pensionistas) identificar a irregularidade do desconto duplo, ou seja, tanto em folha de pagamento quanto por débito em conta, para ter o seu direito de ressarcimento – seja por indébito simples ou

em dobro – garantido. Esse direito é uma conquista para o consumidor servidor público estadual, que pode contar com pelo menos uma redução do impacto da contração de empréstimo em seu pagamento, amenizando de alguma forma, mesmo que pouco significativa, as avassaladoras mazelas enfrentadas em seu cotidiano, frutos diretos da crise econômica.

O parágrafo único do art. 4º ainda prevê que todos os recursos oriundos das sanções previstas no caput tem destinação ao FEPROCON (Fundo Especial de Apoio a Programas de Proteção e Defesa do Consumidor). A lei que instituiu o FEPROCON assim dispõe em seu art 1º, caput:

*Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a criar o Fundo Especial para Programas de Proteção e Defesa do Consumidor - FEPROCON, destinado a proporcionar recursos financeiros para o desenvolvimento de atividades, planos, programas e projetos relacionados com os objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, bem como a aquisição de material de consumo, a prestação de serviços de terceiros - pessoa jurídica e a manutenção, reaparelhamento e modernização administrativa dos órgãos públicos de defesa do consumidor.*

A lei traduz claramente seu espírito consumerista por meio da destinação dada aos recursos provenientes das sanções da lei, frutos de eventual violação por parte das instituições bancárias, o que chancela de uma vez por todas seu desejo em trazer efetividade no cumprimento de seus dispositivos.

## **6) CONCLUSÃO**

Desta forma, pode-se discutir, a partir da promulgação da Lei 7553/17, as implicações jurídicas da incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações da instituição financeira com os correntistas servidores públicos, aposentados e pensionistas, bem como analisar essa relação sob a perspectiva da tendência de endividamento oriundo das atuais nuances das relações de consumo, aliada e impulsionada pelo panorama de crise econômica que assola o estado do Rio de Janeiro.

Não obstante a incidência do CDC nas relações de consumo estabelecidas pelas instituições financeiras seja alvo recorrente de críticas, principalmente por parte dos próprios bancários, resta pacificado no âmbito jurídico que sua aplicação é válida, de forma direta, precipuamente quando há prova robusta de vulnerabilidade do cliente.

Tem-se igualmente que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor não implica a exclusão da aplicação de outras leis, podendo ambas as aplicações coexistirem de forma harmoniosa, de acordo com a Teoria do Diálogo das Fontes, que se sobrepõe à ultrapassada Teoria Clássica de solução de antinomias.

Em síntese, pode-se compreender a aplicação do CDC nas relações dos bancos com os servidores públicos do estado como uma poderosa ferramenta na proteção dos direitos desses clientes, tendo em vista a grave crise de instabilidade financeira que enfrentam. A Lei 7.553/17 instrumentaliza essa proteção e garante que milhares de servidores não sofram injustiças ao serem duplamente descontados.

À primeira vista, os efeitos dessa lei podem parecer pouco perto dos graves problemas que afetam os servidores, mas dentro de um contexto econômico caótico, qualquer benefício, por menor que possa parecer, se torna um instrumento de alívio dos impactos dessa crise no cotidiano dos servidores. Por certo, a lei não carrega a presunção de solucionar o problema da crise econômica no Rio de Janeiro, mas se materializa como uma ferramenta de auxílio no combate aos seus efeitos práticos.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor pode fornecer certa proteção a esses servidores, até que o equilíbrio econômico do estado retorne e esses consumidores possam, novamente, gozar da credibilidade e confiança que sempre obtiveram perante seus credores, enquanto todos aguardamos com esperança o dia em que o estado voltará a crescer novamente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Lei n. 8.078 - 1990. Código de defesa do consumidor. São Paulo: Enciclopédia Britânica do Brasil, 1991. 44p.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4604](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4604)>. Acesso em dez 2017

MANCEBO, Denise. Crise político-econômica no Brasil: Breve análise da educação superior. Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/2017nahead/1678-4626-es-es0101-73302017176927.pdf>> Acesso em: 1 dez 2017.

MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89/90.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*: 19 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

RIO DE JANEIRO. LEI 7.553 DE 12 ABRIL DE 2017. Proíbe o desconto em conta dos empréstimos consignados contraídos por servidores ativos e inativos, aposentados e pensionistas, na forma que menciona. Publicado em 17 abr 2017. Disponível em: <

<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/70168024bf3f72c483258106006dddb5> >. Acesso em 12 ago 2017.

SCHNDEIDER, Brenda. O superendividamento e o controle do empréstimo consignado. Rio Grande do Sul. 13 nov 2008. Disponível em: < [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_2/brenda\\_schneider.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/brenda_schneider.pdf) >. Acesso em 02 dez 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 2. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 66

## **O CUMPRIMENTO FORÇADO DE OFERTA PUBLICITÁRIA: A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR DE BOA-FÉ NOS CASOS DE *PUFFING*.**

Matheus Mascarenhas Guzella<sup>138</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A oferta no Código de Defesa do Consumidor, suas consequências para o homem médio e o instituto da boa-fé nas relações negociais. 3. *Puffing*: simples exagero ou violação de direitos? 4. O respeito aos direitos do consumidor e a livre atuação do fornecedor: dicotomia ou atuação convergente? Conclusão. Bibliografia.

### **Resumo:**

O presente estudo não pretende esgotar o tema apresentado. Ao contrário, a intenção é ampliar o debate acerca da disposição do artigo 35, I, do Código de Defesa do Consumidor. Busca-se analisar a publicidade exagerada, o chamado *puffing*, em contraponto ao comportamento do consumidor quanto à sua boa-fé.

Além disso, deve-se discutir o conceito de homem médio e sua aplicação ao Direito do Consumidor, de modo a identificar se é adequado valer-se de tal elemento para apuração da necessidade de se exigir o cumprimento forçado da publicidade exagerada.

A partir das discussões realizadas e conclusões a serem obtidas, analisar-se-á o impacto da regra legal na atividade empresarial, levando em consideração a liberdade de mercado, a autonomia privada e possíveis impactos ao consumidor e ao fornecedor.

Palavras – Chave: *puffing*, boa-fé, oferta publicitária.

### **Abstract:**

---

<sup>138</sup> Pós-graduando em Direito Processual Civil com ênfase em relações jurídicas de Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado.

This study doesn't exhaust the theme. On the contrary, the intention is to broaden the debate about the provision of article 35, I, of the Consumer Defense Code. It seeks to analyze the exaggerated publicity, the so-called puffing, in counterpoint to the behavior of the consumer as to its good faith.

In addition, it's necessary to discuss the concept of average man and the application to Consumer Law, in order to identify if it is appropriate to use this element to determine the need to enforce excessive advertising.

Based on the discussions and conclusions to be obtained the impact of the legal rule on business activity will be analyzed, taking into account market freedom, private autonomy and possible impacts to the consumer and supplier.

Keywords: puffing, good faith, excessive advertising.

## **1. Introdução:**

O Código de Defesa do Consumidor veio a lume, no ano de 1990, com o escopo de bem regular relações privadas historicamente díspares, e que, por seu próprio e natural desenvolvimento, cada vez mais tornaram-se complexas. Surgiu, indubitavelmente, como reflexo da Resolução de número 39/248, da ONU, de 1985, a qual reconhecia a vulnerabilidade dos consumidores e recomendava que os Estados criassem legislações para a proteção destes.

Com efeito, a sistemática legal consumerista chegou com status de norma de ordem pública e natureza cogente, delineando, desde então, seus objetivos protecionistas. Por essa razão, inclusive, é que o *códex* brasileiro não pode correr o risco de relegar-se à margem das inúmeras formas de relações de consumo que a modernidade dos dias atuais nos apresenta, sob pena de tornar-se obsoleto.

Assim sendo, cediço que o legislador e os operadores do Direito devem estar sempre atentos às vicissitudes geradas pelas relações que envolvem fornecedores e consumidores, não através de um afã exacerbadamente normativo e interpretativo, mas sim com o objetivo de modernizar, desenvolver e fazer evoluir as relações de consumo no Brasil.

O presente trabalho destaca uma das tantas nuances existentes no Direito do Consumidor, e pretende debruçar-se sobre um assunto de pulsante aplicação prática: a oferta publicitária, seu eventual exagero e a boa-fé do consumidor nessa relação. Analisa-se, a partir dos três elementos alhures mencionados, a viabilidade da união entre a não limitação da atividade empresarial e o respeito aos direitos dos consumidores.

## **2. A oferta no Código de Defesa do Consumidor, suas consequências para o homem médio e o instituto da boa-fé nas relações negociais.**

A oferta constitui-se em uma forma de veicular mensagens, incluindo informação e publicidade. Vem regulada nos artigos 30 a 35 do Código de Defesa do Consumidor, com destaque para o artigo 30, *verbis*:

Art.30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Trata-se de um dos elementos integrantes da relação jurídica de consumo, porquanto pertinente ao vínculo estabelecido entre consumidor e fornecedor. Por integrar o contrato que vier a ser celebrado, gera para o consumidor um direito potestativo. A responsabilidade do fornecedor, decorrente do próprio princípio da vinculação, é objetiva no caso de descumprimento do ofertado.



Noutro giro, a figura do homem médio vem estabelecer um modo abstrato de se perquirir, nas mais diversas searas do Direito, um parâmetro minimamente aceitável de compreensão das situações cotidianas. Pretende-se que o indivíduo atenda às expectativas criadas através de condutas que se relacionam, com considerável razoabilidade, às suas atividades rotineiras.

Para o nosso tema, é dizer: até que ponto a veiculação de uma determinada oferta publicitária poderá ser parcial ou inteiramente compreendida pelo possível consumidor de determinado produto ou serviço?! Ou ainda, a *contrario senso*, por qual razão a oferta apresentada não foi compreendida por seus potenciais destinatários?!

Entendemos que o conceito e as compreensões do que seja um homem médio devem ser aplicados ao Direito do Consumidor, tanto no que diz respeito ao instituto da oferta quanto aos outros aspectos deste ramo jurídico.

Admitir-se essa utilização significa, a nosso sentir, mais uma garantia aos consumidores de que seus direitos serão preservados, sem deixar de lado, entretanto, o direito dos fornecedores em bem e concretamente anunciarem seus produtos ou serviços. Em outras palavras, é conferir equilíbrio às relações aqui analisadas, sem que tal equilíbrio signifique um prejuízo aos hipossuficientes ou uma restrição àqueles que exercem atividade empresarial.

A partir da compreensão de que as ofertas devem atender àquilo que se espera de um homem médio, no que concerne à sua compreensão, evidente a necessidade de se analisar a boa-fé e sua presunção no tema aqui proposto.

Nesse diapasão, merecem destaque os ensinamentos de Flávio Tartuce:

“Tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como sendo exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os *deveres anexos ou laterais de conduta*, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo

sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial. São considerados deveres anexos, dentre outros:

- Dever de cuidado em relação à outra parte negocial;
- Dever de respeito;
- Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio;
- Dever de agir conforme a confiança depositada;
- Dever de lealdade e probidade;
- Dever de colaboração ou cooperação;
- Dever de agir com honestidade;
- Dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.” (Manual de Direito Civil, volume único, 5ª edição, 2015, Editora Método, páginas 580 e 581)

Interessante mencionar que o instituto da boa-fé, no Direito Brasileiro, de início dizia respeito, tão somente, ao aspecto subjetivo, ou seja, relacionado com a intenção do sujeito de direito. Mantinha relação direta, portanto, com quem desconhecia um vício pertinente à existência, validade ou eficácia do contrato.

No entanto, a boa-fé objetiva, concernente à conduta das partes, ganhou vigor e, por consequência, positivação, a partir da compreensão segundo a qual o contrato deveria ser analisado em uma perspectiva ampla, conectando-se esferas jurídicas distintas e sistemas normativos diversos.

O Código de Defesa do Consumidor, inclusive, foi pioneiro ao introduzir no ordenamento jurídico nacional a boa-fé objetiva (artigo 4º, inciso III), antes mesmo do Diploma Civilista, posto que o Código de 1916 sequer mencionava o tema (atualmente, a boa-fé objetiva vem consagrada no artigo 422 do atual Código Civil).

Trazendo as considerações acima desenvolvidas para o tema que propusemos a estudar, insta definir se é possível presumir a boa-fé do consumidor nas hipóteses de oferta exagerada, o chamado *puffing* ou *puffery*.

### **3. *Puffing*: simples exagero ou violação de direitos?**

O artigo 35, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, enuncia que:

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade.

O cumprimento forçado da obrigação, a partir da recusa do fornecedor em cumprir oferta por ele realizada, constitui imposição legal, conforme dispositivo acima colacionado. Contudo, faz-se mister perquirir os limites desse cumprimento forçado, notadamente porque as ofertas, as publicidades e as propagandas de um modo geral, como é sabido, utilizam-se de variados artifícios para conquistar o consumidor. Muitos desses artifícios, por certo, estão inseridos em limites desejáveis de conduta.

Nesse contexto, surge a figura do *puffing*. Trata-se da prática, usual no mercado brasileiro (bem assim em mercados estrangeiros), de exaltação, por parte dos fornecedores, dos seus produtos ou serviços, no intuito de conquistar mais consumidores e ampliar a comercialização daquilo que fornecem.

A norma do artigo 35, inciso I, do Diploma Consumerista vai ao encontro do conceito de *puffing*. Isso porque, uma das formas de recusa ao cumprimento de ofertas ocorre quando, a partir do enaltecimento de um produto ou serviço, o consumidor exige que o produto ou serviço lhe seja entregue como apresentado na publicidade.

Um exemplo prático nos ajuda a compreender a questão: suponhamos que determinada montadora de veículos anuncie que o seu carro é o melhor do Brasil. Essa afirmação poderia ser considerada propaganda enganosa, por supostamente induzir o consumidor a erro quanto à qualidade do veículo? O consumidor faria jus à aplicação do artigo 35, inciso I, nesse caso?

Longe de esgotarmos o tema, parece-nos que a análise deve ser casuística. E para tanto, é preciso considerar tudo o que foi desenvolvido até aqui: o conceito de oferta, a noção de homem médio, a boa-fé nas relações negociais e o instituto do *puffing*.

Com efeito, haverá casos, como o exemplo anterior, nos quais a grandiosa qualidade informada pelo fornecedor na oferta será, tão somente, um mero exagero. Nesse sentido, inclusive, o magistério do Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça:

A oferta (informação ou publicidade) deve ser suficientemente precisa, isto é, o simples exagero (*puffing*), não obriga o fornecedor. É o caso de expressões exageradas, que não permitem verificação objetiva, como “o melhor sabor”, “o mais bonito”, “o maravilhoso”. (Manual de Direito do Consumidor, página 138)

Em hipóteses tais, quando identificado ser possível ao homem médio a compreensão de que se trata de mero exagero, não há como se falar em responsabilização do fornecedor por oferta abusiva ou publicidade enganosa. Tão pouco admitir-se-á a aplicação do artigo 35, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, forçando o fornecedor a cumprir a obrigação.

Diversas, no entanto, serão as situações nas quais a oferta tenha o condão de confundir o consumidor, induzindo-o a erro ou mesmo abusando de sua capacidade de compreensão, dentro daquilo que se espera do conceito de homem médio. Nesses casos, teremos sim a violação dos direitos previstos no *Códex*, com a configuração de propaganda enganosa ou abusiva, além do dever de o fornecedor cumprir a obrigação, nos termos exarados no já multicitado artigo 35, inciso I.

#### **4. O respeito aos direitos do consumidor e a livre atuação do fornecedor: dicotomia ou atuação convergente?**

Questão que sempre desafia doutrina e jurisprudência, e não apenas na seara consumerista, mas também na esfera do Direito do Trabalho, no Direito Empresarial, no

Direito Tributário e no Direito Econômico, dentre outros ramos, diz respeito à relação entre meios empresariais e outros segmentos.

Inúmeros debates já foram travados acerca da livre iniciativa, da ingerência do Estado na Economia, da Análise Econômica do Direito e suas consequências para as diversas atividades empresariais.

No nosso âmbito de estudo, é de se perquirir se o reconhecimento ou não do *puffing* tem o condão de sobrepor os direitos do consumidor à livre atuação do fornecedor, ou vice-versa.

Na verdade, parece-nos que a atuação deve ser convergente, senão vejamos.

A compreensão da lei consumerista não deve alcançar, com a maior amplitude possível e indiscriminadamente, os anseios do consumidor, sem levar em consideração a liberdade empresarial quanto às propagandas veiculadas.

Sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor provém de uma necessidade de proteção ao hipossuficiente na relação de consumo. E aqui não estamos defendendo o contrário, ou seja, deve-se não só respeitar os direitos do consumidor já existentes, como também ampliar o seu rol, para alcançar outras necessidades, aumentando a proteção.

Entretanto, o protecionismo não pode ser despótico, sob pena justamente de desvirtuar a própria finalidade da proteção.

Nesse contexto, importante ponderação de Rizzatto Nunes:

Dois dos princípios sobre os quais está fundada a relação de consumo são a boa-fé e o equilíbrio. Eles são pressupostos de toda relação estabelecida. Seria impossível propugnar por uma relação jurídica, como a do exemplo da oferta de TV por apenas

R\$5, na qual o bom senso não imperasse e se quisesse fundá-la nos princípios da boa-fé e do equilíbrio. (Curso de Direito do Consumidor, 2005, pág. 392)

Deve-se garantir, portanto, que não haja sobressaltos que inviabilizem a atuação do fornecedor sob o argumento de que se está protegendo o consumidor; da mesma forma, não se pode olvidar que a total liberdade de livre iniciativa, sem um limite calcado na proporcionalidade e na razoabilidade, também acabará por desconstituir a necessária proteção aos direitos do consumidor.

Assim sendo, a proteção do consumidor de boa-fé nos casos de *puffing* será válida quando estiver presente a seguinte conjuntura: uma oferta que, realizada pelo fornecedor ao homem médio, contratante de boa-fé, ultrapassa os limites do mero exagero e alcança uma ou mais de suas vulnerabilidades (fática, econômica, técnica ou jurídica).

Estando a oferta no âmbito de compreensão do consumidor, segundo padrões razoáveis, os direitos consagrados pela lei 8.078/90 e a livre atuação do consumidor seguirão pela mesma estrada, em uma atuação convergente e salutar para as partes contratantes.

### **Conclusão.**

O intuito deste trabalho foi o de apresentar a interpretação do artigo 35, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, quando confrontado com o que a doutrina chama de *puffing*, e sua repercussão na proteção dos direitos dos consumidores.

Apresentamos nossa proposta no sentido de pouco onerar e limitar a atividade empresarial, mas sem deixar de cumprir a função de respeitar as garantias consagradas na lei 8.078/90.

Há, sem dúvidas, a real necessidade de garantir ao consumidor brasileiro um verdadeiro poder decisório no ambiente mercadológico, impedindo que este represente mera fonte de enriquecimento de grandes empresas e fornecedores de serviços e produtos.

No entanto, deve-se sempre analisar a oferta publicitária com espeque nos conceitos de boa-fé, homem médio e na prudência do que se constitui em mero exagero ou abuso efetivo.

Com tais considerações, entendemos ser plenamente possível uma atuação convergente que continue cumprindo a função precípua do Código de Defesa do Consumidor, mas que não deixe ao arrepio da lei a livre atuação dos diversos ramos empresariais de que fazem parte os fornecedores.

Concluimos, enfim, que a análise da ocorrência ou não do *puffing* com base nos elementos indispensáveis à sua configuração deve ser casuística, não havendo como estabelecer-se regra estanque.

#### **Bibliografia.**

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Em busca do sim. O Ministério Público como mediador nos conflitos de consumo. On: Amaral, Luiz (Coord.) Defesa do consumidor. Textos básicos, Brasília: CNCD, 1987.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos, MARQUES, Claudia Lima, Bessa, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, José Jairo. Responsabilidade Civil e eticidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JORDÃO, Eduardo. Abuso de Direito. Salvador: JusPodivm, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Constitucionalização do Direito Civil”, in Direitos e Deveres, n. 3, jul/dez. Maceió: Imprensa Universitária, 1988.

NETTO, Felipe Peixoto Braga, Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Juspodivm, 2009.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. Teoria dos Ilícitos civis. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código de defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. “As relações de consumo e a nova teoria contratual”. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 199/215.



## PUBLICIDADE OCULTA: ENCOBRINDO DIREITOS NO FAZER PUBLICITÁRIO.

Giselle Areias Neves Braga<sup>139</sup>  
 Marcella da Costa Moreira de Paiva<sup>140</sup>  
 Marco Aurélio Souza Mendes<sup>141</sup>  
 José Sebastião de Farias Filho<sup>142</sup>  
 Thiago Eric do Monte Borges<sup>143</sup>

**Sumário:** Introdução; 1 - A Proteção do Consumidor nos Textos Legais; 2 - Publicidade vs. Propaganda; 3 - Tipos de Publicidade; 4 - Princípios Presentes na Relação Consumeristas; 5 - A Presença da Publicidade Oculta; 6 - Da Necessidade de Regulação; 7 - A Regulação em Outros Países; 7.1 - Modelo Europeu; 7.2 - O modelo de regulação administrativa dos Estados Unidos; 7.3 - O modelo de regulação normativa da Austrália; 8 - Algumas Considerações quanto à proteção frente ao uso da propaganda oculta.

**RESUMO:** A explosão da Internet modificou profundamente as relações sociais, afetando, pois, as formas de comércio e de se fazer publicidade. Com o fortalecimento das redes sociais digitais, a chamada propaganda oculta (*hidden advertising*) tem aumentado a sua incidência. Nessa forma de publicidade, trata-se o consumo como "isso", sinalizando uma atitude objetivante com relação ao consumidor, pela ausência de sinceridade objetiva e de correção normativa na atuação. Essa prática é recente no Brasil, no entanto, o seu uso é intenso pelos denominados *digital influencer* e celebridades. O presente artigo visa explorar o tratamento que a legislação e a jurisprudência pátrias sobre o tema, bem como uma breve explanação sobre o instituto no direito estrangeiro.

<sup>139</sup>Advogada na área de Direito Empresarial. Mestranda no Programa de Justiça Administrativa na UFF  
 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5994211169363973>. e-mail: giselleareias@hotmail.com

<sup>140</sup> Pós-Graduada no MBA Executivo em Direito Empresarial na FGV. Mestranda no Programa de Justiça Administrativa na UFF Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0397361735400972> e-mail: marcellacmpaiva@hotmail.com

<sup>141</sup>.Advogado Mestrando do Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4800863025785808> e-mail: marcoaurelio.souzamendes@gmail.com

<sup>142</sup> Advogado. Mestrando do Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2227738551554589> e-mail: jsebastiao.filho@gmail.com

<sup>143</sup> Advogado. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6808796424226589> e-mail: thiagoborges.tb20@gmail.com

**Palavras-chave:** Propaganda Oculta - Transparência - Proteção ao Consumidor

**ABSTRACT:** The internet boom has deeply modified social relations as it's changed usual methods of advertisement and trading. The use of hidden advertising has increased by social medias strengthening. When this kind of advertisement treats consumption as an object, it objectifies consumption relation. Some of these consequences are fruit of sincerity lack and an absent of legal standards. Although it's a new born phenomenon in Brazil, it's use has been intense by digital influencers and celebrities. This paper proposes to explore national legislation and court precedents plus a brief explanation about legal institutes abroad.

**Key-Words:** Hidden Adversiting – Transparency – Consumer Protection

## **Introdução**

A advento da Internet com tão veloz difusão modificou profundamente as relações sociais, afetando, pois, todas as formas de interação humana, evocando a possibilidade de destruir barreiras físicas, tornando todas as pessoas muito próximas umas das outras por meio da malha digital. As formas de comércio e de se fazer publicidade com o intuito de se manter as relações comerciais também se modificaram, exurgindo a chamada propaganda oculta (*hidden adversiting*).

### **1 - A Proteção do Consumidor nos Textos Legais**

A Carta Maior em seu artigo 5º garante a liberdade de pensamento (inciso IV), a liberdade de expressão de atividade intelectual (inciso IX) e o acesso à informação (inciso XIX).

A defesa do consumidor é um princípio geral da atividade econômica, previsto no art. 170, no título da ordem econômica e financeira. No inciso XXII do art. 5º consta que o

Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor e no art. 48 do ADCT, o legislador constituinte determinou prazo de cento e vinte dias para que o Congresso Nacional elaborasse código de defesa do consumidor.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 13 reafirma a necessidade proteção do consumidor.

O Direito Pátrio consagra o consumidor como vulnerável, sinônimo de hipossuficiente, frente o aparato técnico e financeiro que o fornecedor de produtos e de serviços possui. É a chamada discriminação positiva que enquanto política pública bem implementada traz consigo inúmeros benefícios (Feres Júnior *et al.*, 2013) <sup>144</sup>.

Atendendo intempestivamente ao disposto no art. 48 do ADCT, o legislador infraconstitucional, deu vida ao CDC e o transformou em realidade jurídica, pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, com vigência em março de 1991.

O CDC em seu art. 6º elenca os direitos básicos do consumidor, rol este exemplificativo e não taxativo, a saber: proteção da vida, saúde e segurança; educação para o consumo; liberdade de escolha de produtos e serviços; informação; proteção contra publicidade enganosa e abusiva; proteção contratual; indenização; acesso à justiça; facilitação de defesa de seus direitos e prestação adequada e eficaz dos serviços públicos.

Neste Código alguns dispositivos relevantes para a presente temática são os seguintes:

CDC – Lei nº 8.078/1990

Art. 4º *A Política Nacional das Relações de Consumo* tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de

---

<sup>144</sup> FERES JÚNIOR, João. *Apresentação STF – adpf 186 audiência pública no supremo tribunal federal*. Brasília: STF, Fevereiro/2010 Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Apresentacao\\_STF\\_\\_Joao\\_Feres\\_Junior.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Apresentacao_STF__Joao_Feres_Junior.pdf)>, acesso em 20/01/2016.

vida, bem como a *transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes*\_(Princípio da Transparência e da Educação Consumerista)

IV - *educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;*(...)\_ (Princípio da Transparência)

Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

III- *A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.* (Princípio da Transparência)

Art. 36: *A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.* (Princípio da Transparência)

Art. 37: *é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.* (Princípio da Boa-fé)

Parágrafo 2º: *É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.*

*(sem grifos no original)*

## 2 - Publicidade vs. Propaganda

Acerca do conceito de publicidade temos a contribuição de vários autores, sendo preciso diferenciar de propaganda. Segundo Armando Sant'Anna:

A publicidade é uma técnica de comunicação de massa, paga com a finalidade precípua de fornecer informações, desenvolver atitudes e provocar ações benéficas para os anunciantes, m geralmente para vender produtos ou serviços. A publicidade serve para realizar as tarefas de comunicação de massa com economia, velocidade e volume maiores que os obtidos através de quaisquer outros meios (Sant'anna, 2002, p. 76) <sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> SANT'ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 7ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

A propaganda também utiliza da estrutura de comunicação das mídias de massa, porém seu foco é a divulgação comercial de um produto.

(...) publicidade e propaganda são institutos dispares que tem como única semelhança o fato de se utilizarem de meios de divulgação em massa, como televisão, rádio, jornais, revistas e portais de internet. Enquanto a propaganda teria como objetivo a difusão de uma ideia ou de uma ideologia a publicidade faz a divulgação comercial direta ou indireta de produtos ou serviços. (Albuquerque, 2016, p. 3) <sup>146</sup>

Assim, se percebe que a principal diferença entre os institutos é o viés ideológico da publicidade e o viés financeiro da propaganda, convergindo ambos na modulação, na influência das vontades dos receptores da sua ação. Todavia, não se pode desvincular tais institutos totalmente, uma vez que a divulgação de determinado ideal, como publicidade, abre campo para uma maior e mais rápida aceitação de um produto ou serviço, via propaganda. Assim, mesmo com diferenciação técnica, para fins de proteção ao consumidor parecem ser termos equivalentes.

### **3 - Tipos de Publicidade**

Quanto às modalidades de publicidade tem-se a enganosa, a simulada e abusiva.

A publicidade enganosa é a modalidade que induz o consumidor ao erro, quer seja por informações explícita, quer seja pela omissão (supressão total ou parcial de informações essenciais capazes de afetar a tomada de decisão do consumidor), quer seja por comissão (afirmação parcial ou totalmente falsa que pode acerca do produto que influencia a tomada de decisão do consumidor). O artigo 37 do CDC com fulcro no princípio da veracidade da informação publicitária proíbe tal modalidade.

---

<sup>146</sup>ALBUQUERQUE, André de Farias. *Publicidade enganosa, simulada e abusiva no código de defesa do consumidor*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55060&seo=1>>, acesso em: 27/09/2017.

A publicidade simulada é a modalidade que visa descaracterizar o caráter de propaganda ou ainda interferir no inconsciente/subconsciente do consumidor. Assim, o uso de técnicas psicológicas para otimização de aceitação de determinado produto ou serviço, como a inserção de anúncios medidos em frações de segundo, bem como da inserção de anúncios em filmes, propagados em cinema e na televisão (*merchandising*). A persuasão em si não é o problema, mas seu uso desleal e oculto, ferindo, pois, o princípio da identificação e sendo vedado por nosso CDC.

Nesta modalidade se enquadra a chamada Publicidade Oculta (*Hidden Advertising*) por justamente pretender influenciar o consumidor sem sua ciência, sem sua percepção. Embora a lei não seja explícita nessa nomenclatura, não se pode apartar a proteção sistemática do Diploma do Consumidor por mero descaixe do *nomen iuris* quando o espírito do legislador parece ser tão claro no sentido de proteger as relações consumeristas das práticas de má-fé.

A publicidade abusiva é aquela desvirtuada dos padrões de publicidade eticamente aceita, abertamente influenciando a vontade do consumidor sem qualquer respeito aos valores da sociedade, explorando desejos e vontades ainda que eticamente reprimíveis (segundo o costume), utilizando-se de discriminação, incitação de violência, apologia ao crime, a exploração do medo, que corrompa a integridade infantil ou os valores ambientais, induzindo a um comportamento prejudicial ou perigoso à saúde e à segurança do receptor, com teor racista, machista, com palavrões, nudez, dentre outros.

#### **4 - Princípios Presentes na Relação Consumeristas**

Pelo princípio da Hipossuficiência/Vulnerabilidade enquanto definição do próprio consumidor deve ser destinada a ele proteção especial, do contrário será sempre prejudicado. Sua relação com as empresas é assimétrica, pois independente do porte do empreendimento, o mesmo é empenhado em submeter a vontade do consumidor/receptor para que consuma seu produto ou serviço.

O princípio do Fomento da Educação dos Evolvidos é importante por estabelecer como Política Pública do Estado a educação da população acerca de seus direitos e deveres enquanto consumidor, mitigando assim a influência sobre o mesmo e tornando menos simétrica tal interação.

O princípio da Adequação ao Binômio Qualidade-Segurança determina que a liberdade de comércio não é irrestrita, não basta que dado produto ou serviço não seja defeso em lei, mas que sua disponibilização seja de forma que o homem médio possa usufruir do mesmo de forma segura. Tal princípio é benéfico para ambas as partes: se mantém a integridade do indivíduo, bem como se preserva o público-alvo para novas aquisições.

O princípio da Transparência determina que os dados acerca do comercializável sejam disponibilizados em formato de informações, ou seja, de modo útil e sistematizado ao nível de entendimento da população, a fim de que escolha de forma consciente os produtos e serviços que deseja sem influências desleais.

O princípio da Boa-fé perpassa toda a estrutura do CDC e determina que as partes envolvidas ajam dentro dos limites da civilização, de forma proba e íntegra, pois se reconhecem seres humanos dignos de respeito mútuos e enquanto fornecedor e consumidor, ocupantes de papéis fundamentais para a manutenção das relações comerciais e da economia, não sendo desejável a extinção de nenhum dos polos.

Como já aventado a regulação legal desse tipo de publicidade é interpretativo e não explícito, o que não significa menor tutela. Esmerando-se no princípio da boa-fé o próprio setor da publicidade se organizou em torno de uma autorregulação através do CONAR.

O Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária (CONAR) estabelece normas de contenção de publicidade que fira os interesses da sociedade em geral, rompendo princípios éticos gerais. Em seu Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária determina as sanções aos que não seguem as determinações do setor, *in verbis*

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária  
Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Artigo 50 - Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades:

- a. advertência;
- b. recomendação de alteração ou correção do Anúncio;
- c. recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio;
- d. divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

§ 1º - Compete privativamente ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos deste Código e seus Anexos e, ao Conselho Superior do CONAR, cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em processo regular.

§ 2º - Compete privativamente ao Conselho Superior do CONAR alterar as disposições deste Código, bem como alterar, suprimir e acrescentar-lhe Anexos.

Como não é delegada de função pública enquanto componente da instituição estatal, tal Conselho não tem autoridade para impor sanções pecuniárias, funcionando o regramento como parâmetro para aprovação de seus pares, evitando a execração do setor. Por consequência, o consumidor encontra mais uma forma de proteção.

## **5 - A Presença da Publicidade Oculta**

A Publicidade Oculta está presente nas telenovelas, nas séries, nos filmes e nas redes sociais, sempre repousando no campo da influência subliminar.

Em tom tradicional as pessoas públicas e as celebridades utilizam do espaço de sua arte para durante um programa televisivo anunciarem determinado produto. Quando tal ato ocorre de forma explícita não há problemas. Como exemplo da grande mídia tradicional – a televisão -, tem-se no programa de variedades e culinária *Mais Você*, no qual a apresentadora Ana Maria Braga, bem como no programa de variedades *Domingão do Faustão*, apresentado por Fausto Silva, vê-se que há uma mudança de cenário, os



mesmos deixam o espaço que ocupam e se deslocam para outro no qual há um aparato com anúncios, cartazes e/ou arte digital de determinado produto/serviço, determinando claramente o tom propagandístico.

Contudo, hoje se visualiza durante a exibição das telenovelas (produto em si consumido amplamente consumido pela América Latina) se realiza a propaganda de produtos e serviços como produtos de beleza, produtos de limpeza de casa, concessionárias de crédito à história e vida das personagens, tornando o acesso a determinado bem desejável pela audiência que consome a telenovela: temos basicamente uma venda casada.

Nas produções cinematográfica se percebe a atenção para carros exibindo suas qualidades e desempenho por vezes surreais, enaltecendo determinada montadora. Há também o foco em produtos digitais mostrando em alta resolução a marca dos mesmos, vinculando esta à vanguarda tecnológica <sup>147</sup>.

Nas redes sociais há o advento e a multiplicação das redes sociais que permite uma maior interação do público com seus ídolos. Nesses espaço em que o acompanhar da vida e das preferências dos artistas é mais fidedigna, o setor de publicidade verifica um novo e potencial espaço de grande influência, sobremaneira por delegar às celebridades contratadas o ônus da veiculação publicidade. Recentemente a atriz Bruna Marquezine foi notificada pelo CONAR pelo fato de realizar anúncios em suas redes sociais (*Instagram, Twitter*) sem a devida sinalização de se tratava de atividade publicitária na qual ela foi remunerada para realizar. Ou seja, se tratava de trabalho e não do mero partilhar de uma experiência positiva com um produto.

---

<sup>147</sup> Como exemplo há o filme *'Passageiros'*, no qual o cenário é uma nave espacial que consegue trafegar pelo universo grande contingente populacional em coma induzido por várias décadas até um novo planeta similar à Terra. Como se percebe a tecnologia de ponta é o mote do filme, sendo a todo momento focalizada a marca SONY nos produtos, sobremaneira de comunicação e de acesso a banco de dados.

As redes sociais, sobremaneira o YouTube, através de canais de exibição e compartilhamento de vídeos, criou toda uma nova geração de figuras públicas denominadas *Youtubers* ou *digital influencers*. Tais indivíduos agregam um público crescente, podendo direcionar ideologias e produtos de acordo com seu interesse e de acordo com o valor que recebem para tanto.

Canais como *Porta dos Fundos* que reúnem cerca de 13 milhões de inscritos já produziu alguns vídeos que claramente promovem determinada marca de produto sem deixar explícito que se trata de produção puramente propagandística. Por vezes, utilizando do humor pressupõe que seus expectadores perceberão a crítica, como ocorre no vídeo *Monstro*<sup>148</sup> que promove o enxaguante bucal Listerine.

Em outro caso temos a crítica mais que positiva dos *youtubers* sobre o Novo Ensino Médio proposto pelo Governo Federal por meio de Medida Provisória, impedindo um debate amplo e necessário sobre o assunto para qualquer alteração, devido sua importância para desse direito constitucional que trata da formação e a instrução da população em geral. Tais *digital influencers* apenas se olvidaram de esclarecer que tal análise não foi desinteressada e casual, mas financiada pelo Governo sob a cifra de R\$ 65 mil a fim de que a população jovem fosse convencida de que a medida era benéfica, o que não pode ser considerado pela desqualificação do ensino público que promove.

## **6 - Da Necessidade de Regulação**

Acerca de todo o debate sobre essa questão surge a dúvida se realmente é preciso regular tais práticas, tendo em vista que as redes sociais não são obrigatórias, o internauta precisa acessar a internet elege quais conteúdos acessar, diferente do televisão, que mesmo nos casos de TV paga, forçam o telespectador a consumir o que transmite. Assim, é preciso que algo seja regulado de fato? É possível que a liberdade de expressão e de atividade intelectual possa atuar com prisma num ser humano objetivado?

---

<sup>148</sup> Disponível em <[https://www.youtube.com/watch?v=bwvfU\\_OKDxQ](https://www.youtube.com/watch?v=bwvfU_OKDxQ)>.

O filósofo alemão Jürgen Habermas<sup>149</sup> trabalha o conceito de opinião pública como resultado do debate de todos os componentes de um grupo social (concernidos) que elegem uma fala democraticamente representativa. Dessa forma, se não há crítica desses mesmos concernidos acerca de determinado tema, se pressupõe que está de acordo com a vontade coletiva, e a internet possibilita a livre expressão de todos.

Seguir por tal linha parece equivocado e distorcer o intuito do pensador alemão. Deve-se atentar para a realidade concreta do perfil do grupo a que refere, a formação de cada um, o acesso real à informações e à internet, o nível de crítica e de autonomia, ou seja, lembrar que por mais que o acesso seja democratizado as pessoas são diferentes entre si. Algumas são mais suscetíveis em termos psicológicos, e isso deve ser relevado se a promoção do bem comum e da autonomia de todos é o fim que se pretende. Logo, a regulação é necessária.

A partir daí deve-se verificar se o Estado têm capacidade de lidar com tal realidade. Percebe-se uma deficiência dos órgãos públicos acerca da capacidade de entender e de lidar com as redes sociais, a internet, pois trata como tangível, concreto o que é imaterial. Por outro lado, as relações digitais são muito próximas às que verificamos no mundo real, assim uma adaptação das realidades parece muito viável diante dessa revolução tecnológica.

Como sugestão de regulação mínima desse tipo de publicidade o CONAR sugere em suas notificações a inclusão de *hashtags* (#), que nada mais são que indexadores de localização nas redes sociais. Marcações como *#sp (sponsor)*, *#ad (adversitment)* e *#pub(publicidade)* são ações ainda que tímidas para que a transparência e a boa-fé de fato continuem imperando nas relações consumeristas em meio digital.

No campo legal há o Projeto de Lei nº 1840/ 2011, de autoria da deputada Érika Kokay que aguarda apreciação do Senado Federal. Ele visa instituir o Código Brasileiro de

---

<sup>149</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

Telecomunicações e proibir a veiculação de mensagem subliminar na propaganda exibida nas emissoras de radiodifusão, *in verbis*

PROJETO DE LEI Nº 1840, DE 2011

(Da Sra. ERIKA KOKAY)

Proíbe a utilização de mensagens subliminares na propaganda veiculada nas emissoras de radiodifusão.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei modifica a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, que “institui o Código Brasileiro de Telecomunicações”, proibindo a veiculação de mensagem subliminar na propaganda exibida nas emissoras de radiodifusão.

Art. 2º O art. 38 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, passa a vigorar acrescido do seguinte dispositivo:

“Art. 38 .....

j) É vedada, na propaganda comercial de bens e serviços pelas emissoras de radiodifusão, a veiculação de mensagens e o uso de recursos destinados à sensibilização subliminar do consumidor, como tais entendidos:

I - veiculação de imagens, falas ou mensagens por pequenas frações de tempo ou de modo a não serem percebidas conscientemente pelo espectador;

II – utilização de efeito estroboscópico;

III – exibição de formas estáticas ou em movimento e de símbolos arquetípicos nas imagens, ou a estas superpostos, alusivos à sexualidade das pessoas;

IV – veiculação de mensagem sonora alusiva à mercadoria anunciada, reproduzida ao contrário ou mesclada a outras falas;

V – uso de trilha sonora musical, música de fundo ou ruído incidental que faça menção a sexualidade, aumento da virilidade ou feminilidade, ou comportamento violento ou agressivo;

VI – outros recursos assemelhados que venham a ser caracterizados na regulamentação desta lei.”

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

## JUSTIFICAÇÃO

As emissoras de radiodifusão são, ainda hoje, os principais veículos de divulgação de publicidade no País, sendo beneficiadas, em seu conjunto, com cerca de 70% dos recursos destinados pelos anunciantes à propaganda de seus produtos.

Embora as campanhas publicitárias sejam inerentes à sociedade de consumo de massa contemporânea, deve-se assegurar sua função eminentemente informativa, divulgando o produto e esclarecendo o consumidor acerca de sua utilidade. O uso de recursos voltados a induzir ao consumo deve ser combatido, seja pelo efeito de distorcer a competição econômica, seja pela pressão psicológica que é capaz de provocar no consumidor.

Dentre tais recursos, são particularmente danosos os mecanismos subliminares, que buscam criar um desejo de consumo pela mercadoria sem que este se relacione a qualquer característica ou propriedade intrínseca da mesma. Trata-se de estratégia que leva a um consumo inadequado que, em última instância, poderá resultar em frustração do comprador.

O combate a tais práticas pela via da autorregulamentação publicitária tem-se mostrado ineficaz. Embora haja previsão de que se deva coibir esse tipo de postura, o que vemos na televisão é precisamente a atitude oposta. O uso da linguagem subliminar vem crescendo, sendo adotado até mesmo na divulgação das chamadas de programas das próprias emissoras.

Entendemos, pois, que a repressão a tais subterfúgios na forma de lei deve ser a alternativa para preservar a qualidade da publicidade brasileira, o que nos motivou a oferecer esta proposição. Esperamos, pois, contar com o apoio dos nobres Pares, indispensável à sua discussão e aprovação.

Sala das Sessões, em 12 de julho de 2011.

Deputada ERIKA KOKAY (PT-DF)

## **7 - A Regulação em Outros Países**

### **7.1 - Modelo Europeu**

A União Europeia possui documento que data de 2006, com vigência a partir de dezembro de 2007 e trata da publicidade enganosa de forma explícita, vinculando os países pertencentes aos blocos sobre seu cumprimento. O tema é tratado como ferramenta de afetação do livre mercado e da concorrência, bem como do princípio da lealdade ganhando alta relevância.

Além de uma definição precisa do instituto da propaganda enganosa, a Diretiva 2006/114 do Parlamento Europeu prevê a criação de estruturas intraestatais de coibição e de julgamento de tais prejuízos, sem prejuízos de medidas outras que tornem o controle mais efetivo. Com isso as autoridades administrativas e os tribunais devem agir em conjunto, uma vez habilitados com competência para tanto, “com vista a eliminar os efeitos persistentes de uma publicidade enganosa ou de uma publicidade comparativa ilícita cuja cessação tenha sido ordenada por uma decisão definitiva”. Suas decisões devem ser fundamentadas, porém com força de ser efetivadas, sem prejuízo de respaldo nas esferas de decisão dos tribunais administrativos e judiciais, *in verbis*

DIRETIVA 2006/114/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO  
de 12 de Dezembro de 2006 - relativa à publicidade enganosa e comparativa

(...)

Artigo 1º

A presente directiva tem por objectivo proteger os negociantes contra a publicidade enganosa e as suas consequências desleais e estabelecer as normas permissivas da publicidade comparativa.

Artigo 2º

Na acepção da presente directiva, entende-se por:

- a) «Publicidade»: qualquer forma de comunicação feita no âmbito de uma actividade comercial, artesanal ou liberal com o objectivo de promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações;
- b) «Publicidade enganosa»: a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que atinge e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador, ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente;

(...)

#### Artigo 3º

Para determinar se uma publicidade é enganosa, devem ter-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que digam respeito:

- a) Às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, o modo e a data de fabrico ou de prestação, o carácter adequado, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre os bens ou serviços;
- b) Ao preço ou ao seu modo de estabelecimento, e às condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços;
- c) À natureza, às qualidades e aos direitos do anunciador, tais como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios que recebeu ou as suas distinções.

(...)

#### Artigo 5º

1. Os Estados-Membros devem assegurar a existência de meios adequados e eficazes para lutar contra a publicidade enganosa e garantir o cumprimento das disposições em matéria de publicidade comparativa no interesse dos negociantes e dos concorrentes.

Tais meios devem incluir disposições legais nos termos das quais as pessoas ou organizações que, de acordo com a lei nacional, tenham interesse legítimo em combater a publicidade enganosa ou em regular a publicidade comparativa, possam:

- a) Intentar uma acção judicial contra essa publicidade; ou
- b) Submetê-la à autoridade administrativa competente para decidir da denúncia ou para mover os procedimentos legais adequados.

(...)

3. Nos termos das disposições referidas nos nº 1 e 2, os Estados-Membros conferirão aos tribunais ou às autoridades administrativas competências que os habilitem, no caso de considerarem que estas medidas são necessárias, tendo em conta todos os interesses em jogo, nomeadamente o interesse geral, a:

- a) Ordenar a cessação de uma publicidade enganosa ou comparativa ilícita, ou a instaurar os processos judiciais adequados para que seja ordenada a cessação dessa publicidade; ou ainda a

b) Proibir a publicidade enganosa ou comparativa ilícita, ou a instaurar os processos judiciais adequados para que seja ordenada a proibição dessa publicidade quando esta não tenha ainda sido levada ao conhecimento do público mas cuja difusão esteja iminente.

(...)

4. Os Estados-Membros podem conferir aos tribunais ou às autoridades administrativas competências que os habilitem, com vista a eliminar os efeitos persistentes de uma publicidade enganosa ou de uma publicidade comparativa ilícita cuja cessação tenha sido ordenada por uma decisão definitiva, a:

a) Exigir a publicação dessa decisão, no todo ou em parte e da forma que considerem adequada;

b) Exigir, além disso, a publicação de um comunicado rectificativo.

(...)

#### Artigo 6º

A presente directiva não exclui o controlo voluntário, que pode ser incentivado pelos Estados-Membros, da publicidade enganosa ou comparativa por entidades de auto-regulação ou o recurso a tais entidades pelas pessoas ou organizações referidas no segundo parágrafo do nº 1 do artigo 5º na condição de que os procedimentos perante tais entidades sejam adicionais relativamente aos processos judiciais ou administrativos mencionados no referido artigo.

(...)

#### Artigo 8º

1. A presente directiva não prejudica a manutenção ou adopção, pelos Estados-Membros, de disposições que assegurem uma protecção mais ampla em matéria de publicidade enganosa de negociantes e concorrentes.

O primeiro parágrafo não é aplicável à publicidade comparativa, no que se refere exclusivamente à comparação.

2. As disposições da presente directiva são aplicáveis sem prejuízo das disposições comunitárias sobre publicidade de produtos e/ou serviços específicos ou das restrições ou proibições relativas à publicidade em certos meios de comunicação social.

3. As disposições da presente directiva relativas à publicidade comparativa não obrigam os Estados-Membros que, na observância das disposições do Tratado, mantenham ou introduzam proibições de publicidade de certos bens ou serviços, impostas directamente ou através de entidades ou organizações responsáveis, nos



termos da lei dos Estados-Membros, pela regulamentação do exercício de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, a autorizar a publicidade comparativa relativamente a esses bens ou serviços. Quando tais proibições se limitem a certos meios de comunicação social, a presente directiva é aplicável aos meios de comunicação social que não são abrangidos pelas referidas proibições.

(...)

## 7.2 - O modelo de regulação administrativa dos Estados Unidos

Nos Estados Unidos há a adoção de um modelo baseado na regulação estatal através de agências executivas. Cabe às agências estatais definirem diretrizes sobre o limite e grau de impacto no público com referência ao uso da propaganda subliminar.

A Comissão de Comunicações Federais (sigla FCC em inglês – *Federal Communications Commission*), regula a comunicação interestadual e internacional veiculada por rádio, televisão, internet e via satélite. Em 1955, FCC publicou uma Resolução alertando sobre as possíveis preocupações acerca do uso da publicidade oculta, o que desembocou em 1974 com outra Resolução (*FCC Statement 74-78*) recomendando que as empresas não se utilizassem da técnica de propaganda subliminar por se enquadrar na modalidade enganosa:

We believe that the use of subliminal perception is inconsistent with the obligations of a licensee, and therefore we take this occasion to make clear that broadcasts employing such techniques are contrary to the public interest. Whether effective or not, such broadcasts clearly are intended to be deceptive (FCC Statement 74-78).<sup>150</sup>

O modelo norte americano possui uma preocupação maior na análise do caso concreto, deixando a mercê das agências governamentais os estudos paradigmas sobre o que se trataria de publicidade enganosa no que tange à publicidade oculta.

---

<sup>150</sup> DWILSON, Stephanie Dube. *Laws on subliminal marketing*. 2017. Disponível em: <<http://smallbusiness.chron.com/laws-subliminal-marketing-69892.html>>. Acesso em: 27/09/2017.

Nítida ainda a percepção de que o Judiciário possui um papel de resolver pontuais conflitos quanto ao grau de liberdade de imprensa para a prática de publicidade, tendo em vista que boa parte das alegações que chegam para a Suprema Corte tratam de tentativas de afastar pretensões regulatórias das agências executivas com base na primeira emenda da Constituição.

Existem dois casos paradigmas cruciais para entender a situação: *Central Hudson Gas & Electric Corp. vs. Public Service Commission of New York*, de 1979 e *Vance vs. Judas Priest*<sup>151</sup>, de 1989.

Em ambos os casos, a Suprema Corte afastou a aplicação da primeira emenda da Constituição dos EUA como salvaguarda para a possibilidade de se praticar a publicidade oculta. Segundo a decisão, para que exista uma correlação entre liberdade e propaganda, o discurso deve estar inserido dentro de premissas legais (objeto lícito) e não pode ser desorientador para o sujeito a que se dirige.

A questão pode ser transcrita através do excerto da decisão do caso de 1979:

Although the Constitution accords a lesser protection to commercial speech than to other constitutionally guaranteed expression, nevertheless the First Amendment protects commercial speech from unwarranted governmental regulation. For commercial speech to come within the First Amendment, it at least must concern lawful activity and not be misleading (*Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*)<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> A título de curiosidade, existe um documentário sobre este caso que ficou emblemático nos EUA. **Dream Deceivers: The Story Behind James Vance vs. Judas Priest**, produzido e dirigido em 1992 por David Van Taylor. Conta a história de James Vance e Raymond Belknap, jovens que em 23 de dezembro de 1985 foram ao jardim de uma Igreja após se embriagarem, usarem maconha e terem ouvido a música *Better by you, Better by me* do Judas Priest, para se suicidarem. Belknap faleceu no local com um tiro na cabeça, enquanto Vance sobreviveu a um tiro que destruiu metade de sua face. Os pais de ambos alegaram na corte que a expressão *do it*, presente no refrão da música, motivou os jovens a terem tomado a decisão do suicídio. O juiz decidiu que naquele caso não havia evidências concretas de que a mensagem subliminar teria levado ao indivíduo executar condutas contra sua verdadeira vontade.

<sup>152</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *central hudson gas & electric corp. v. public service commission of new york*, nº 79-565. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/447/557>>. Acesso em: 27/09/2017.

Seguindo na análise, apresentamos agora o modelo normativo para posterior comparação.

### **7.3 - O modelo de regulação normativa da Austrália**

A Austrália trabalha com uma dupla hipótese de incidência através de uma regulação legislativa da propaganda em seu território: uma legislação nacional da Commonwealth aliada a várias legislações regionais aplicadas de maneira territorial em cada Estado-membro. Uma campanha de alcance nacional, portanto, deve realizar compatibilizações com ambas legislações para se adequar ao modelo identificado.

A lei nacional em voga trata-se do *Competition and Consumer Act 2011*, também conhecida como a Lei australiana sobre o consumo (*Australian Consumer Law – ACL*), disciplinando de maneira obrigatória a observação quanto à vedação de anúncios falsos, enganosos e desorientadores.

Para garantir o efetivo cumprimento da legislação consumerista, a Austrália conta ainda com uma agência específica, a *Australian Competition and Consumer Commission – ACC*. Sua função, além de corpo do Executivo para efetivar o cumprimento dos preceitos normativos, é exercer uma ponte entre consumidor e mercado, tornando os temas de maior complexidade, como o *hidden advertising*, de simples constatação pela população em geral quanto às suas práticas.

Agrega-se ainda ao sistema de proteção a ampla possibilidade de apreciação dos conflitos pelo Judiciário, em eventuais ações civis, tendo em vista a amplitude abstrata dos conceitos de propaganda enganosa e desorientadora que circundam a propaganda subliminar.

Neste sentido, a ACC possui uma cartilha que esclarece sobre os conceitos indeterminados de conduta enganosa ou desorientadora, o que facilita sobremaneira um

possível conflito levado ao Judiciário para decidir com base na legislação nacional da Commonwealth:

A common meaning of ‘mislead and deceive’ is ‘lead into error’. The courts have considered the phrase ‘mislead or deceive’ in many cases and have generally focused on ‘mislead’. In practice, to mislead is a broader category of conduct, and those who are misled are almost by definition deceived as well (Competition and Consumer Act 2010).

O sistema de proteção australiano pode ser considerado como um sistema absoluto de proteção, deixando a cargo do Judiciário que faça a compatibilização do caso concreto para afastar da premissa inicial de se tratar de propaganda subliminar.

Nos julgamentos, leva-se em consideração os citados parâmetros da conduta desorientadora e enganosa, através do método da revelação por meio das provas (*disclosure*) que a publicidade oculta empregada se amolda à tipicidade legal.

Não há espaço hábil para dissecar com profundidade o formato do precedente australiano para construir os parâmetros de diretriz na identificação do comportamento danoso na propaganda. Resumidamente, é possível sintetizar o parâmetro de decisão da Corte Federal dentre as seguintes premissas:

- Identificação das circunstâncias e contexto da conduta;
- O conhecimento do consumidor a quem a propaganda é dirigida;
- Verificação de existência de práticas e condutas comuns para ambas as partes;
- A existência de valores comuns ou práticas particulares quanto à profissão, meio de comércio ou campo da indústria.

A título de ilustração, utiliza-se o caso *Australian Competition and Consumer Commission vs LG Electronics Australia Pty Ltd* para demonstrar de que maneira a Corte Federal Australiana aplica os parâmetros explicados anteriormente:

It also may have been a simple matter for LG to inform consumers of their ACL rights, or even good corporate practice. Nevertheless, these are not relevant considerations in the determination of the issues raised in this proceeding. Whilst the relevant provisions of the ACL alleged to have been contravened by LG in this proceeding establish a “norm of conduct” with which corporations must comply, it is essential to focus attention on the conduct of the alleged wrongdoer, and determine whether that conduct was misleading or deceptive or was likely to mislead or deceive.<sup>153</sup>

A partir da apresentação dos citados modelos, há a abertura de espaço para o exercício de pequenas conclusões importantes quanto à presença da propaganda oculta em ambos sistemas.

## **8 - Algumas Considerações quanto à proteção frente ao uso da propaganda oculta**

O sistema administrativo de proteção tende a levar em conta uma opinião formulada pelo Estado, encampada através de sua agência executiva, do que é a propaganda oculta, bem como seu alcance e vedação.

De outro lado, o sistema normativo como o australiano possui uma preocupação maior em levar em consideração um consenso social quanto à proteção para positivá-lo na norma.

Percebe-se esta característica nas diversas passagens da legislação de proteção da Commonwealth ao retratar a conceituação de comportamento enganador, falso e desorientador como algo voltado ao sujeito. Esta acepção de construção de modelo de proteção reflete na maneira como o próprio Poder Judiciário encara a questão.

---

<sup>153</sup> AUSTRÁLIA. Corte Federal da Austrália. *Australian competition and consumer commission v lg electronics australia Pty ttd, nº fca 1047*. Disponível em: <<http://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2017/2017fca1047>>, acesso em: 27/09/2017.

A Corte Federal da Austrália, nos casos que lhe chegam sobre a propaganda oculta, preocupa-se em fundamentar seus julgados através de uma minuciosa análise do conteúdo fático-probatório (*disclosure*), empregando balizas individualizantes sobre o comportamento enganoso para afastar a presunção absoluta de vedação da propaganda oculta. Já a Suprema Corte dos EUA ainda possui seus julgados baseados no precedente de 1979 sobre a mera relação genérica entre não compatibilidade com a liberdade contida na primeira emenda e a propaganda oculta.

Inegável é a necessidade de regulamentação dessa prática publicitária, tendo em vista que a legislação deve tutela por todos, sobremaneira aqueles que não percebem serem sujeitos passivos, vítimas em determinado contexto.

Qualquer atividade humana deve ser verificada e regulada, sobremaneira quando ganha status de afetar grande parte da sociedade ou ainda a mesma como um todo. A civilização é conquista que advém de sua constante reinteração, o que só é possível a partir da atividade de reflexão, de dobra sobre si mesmo tão próprio do *homo sapiens sapiens*.

#### Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, André de Farias. *Publicidade enganosa, simulada e abusiva no código de defesa do consumidor*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55060&seo=1>>, acesso em: 27/09/2017.

AUSTRÁLIA. Corte Federal da Austrália. *Australian competition and consumer commission v lg electronics australia Pty ttd, nº fca 1047*. Disponível em: <<http://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2017/2017fca1047>>, acesso em: 27/09/2017.

AUSTRÁLIA. Corte Federal da Austrália. *Castel electronics Pty ltd v toshiba singapore pte ttd, nº fca 1028*. Disponível em: <<http://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2010/2010fca1028>>, acesso em: 27/09/2017.

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. *Advertising and selling, commonwealth of australia 2011*. Disponível em

<<https://www.adma.com.au/sites/default/files/media/ACCC-Advertising-and-Selling.pdf>>, acesso em: 27/09/2017.

BRASIL. CÂMARA DE DEPUTADOS FEDERAL. *PL 1840/2011 - proíbe a utilização de mensagens subliminares na propaganda veiculada nas emissoras de radiodifusão.* Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=8E44DCDE700F067498041334EDC8281C.proposicoesWebExterno1?codteor=899655&filena me=PL+1840/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8E44DCDE700F067498041334EDC8281C.proposicoesWebExterno1?codteor=899655&filena me=PL+1840/2011)>, acesso em 20/09/2017.

DWILSON, Stephanie Dube. *Laws on subliminal marketing.* 2017. Disponível em: <<http://smallbusiness.chron.com/laws-subliminal-marketing-69892.html>>. Acesso em: 27/09/2017.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *central hudson gas & electric corp. v. public service commission of new york, n° 79-565.* Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/447/557>>. Acesso em: 27/09/2017.

FERES JÚNIOR, João. *Apresentação STF – adpf 186 audiência pública no supremo tribunal federal.* Brasília: STF, Fevereiro/2010 Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Apresentacao\\_STF\\_\\_Joao\\_Feres\\_Junior.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Apresentacao_STF__Joao_Feres_Junior.pdf)>, acesso em 20/01/2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Governo paga youtubers para fazer elogios às mudanças do ensino médio.* Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2017/02/1859532-governo-paga-youtubers-para-fazer-elogios-as-mudancas-do-ensino-medio.shtml>>, acesso em 20/02/2017.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa.* Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

M DE MULHER. *Bruna marquzine leva advertência e altera posts no instagram.* Disponível em <<https://mdemulher.abril.com.br/famosos-e-tv/bruna-marquzine-leva-advertencia-e-altera-posts-no-instagram/>>, acesso em 02/10/2017.

PARLAMENTO EUROPEU DA UNIÃO EUROPEIA. *Directiva n° 2006/114/ce.* Disponível em <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-internacional/directivas/sections/leis-da-justica/pdf-internacional/directivas/dir-2006-114/downloadFile/file/DIR\\_2006\\_114.pdf?nocache=1251218200.93](http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-internacional/directivas/sections/leis-da-justica/pdf-internacional/directivas/dir-2006-114/downloadFile/file/DIR_2006_114.pdf?nocache=1251218200.93)>, acesso em 27/09/2017.

PORTA DOS FUNDOS. *Monstro,* disponível em <[https://www.youtube.com/watch?v=bwvfU\\_OKDxQ](https://www.youtube.com/watch?v=bwvfU_OKDxQ)>, acesso em 20/01/2017

REPOSTANDO MÍDIA. *Vídeo tudo que você precisa saber sobre o novo ensino médio!! do canal você sabia?* Disponível em <[https://www.youtube.com/watch?v=RWN\\_jt8fkko](https://www.youtube.com/watch?v=RWN_jt8fkko)>, acesso em 20/02/2017.

SANT'ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 7ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SILVA, José Maria da.. *Da sublimariedade na propaganda oculta (sub liminar) face o código de defesa do consumidor*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56622&seo=1>>. Acesso em: 27/09/2017.



## O RIGHT TO OPT OUT E O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Brunno Philippe Werneck Soares<sup>154</sup>

Tássia Roza Altoé<sup>155</sup>

**Resumo:** o direito à autoexclusão coletiva, aplicado no sistema norte-americano com a denominação de *right to opt out*, embora limitado consideravelmente pelo Superior Tribunal de Justiça, permanece tendo aplicabilidade no sistema jurídico pátrio. O presente estudo tem por escopo demonstrar, inicialmente, que a interpretação jurisprudencial dada ao artigo 104 da Lei 8.078/90 fez com que o instituto do direito da autoexclusão deixasse de ter viabilidade prática em diversos ramos do direito. Posteriormente, demonstrará que a viabilidade do referido instituto se encontra limitada à manutenção da redação dada ao artigo 22, §1º da Lei 12.016/09, artigo este que estabeleceu lógica diversa àquela apresentada pela legislação consumerista. Em linhas finais, o artigo objetivará demonstrar que eventual alteração da redação dada ao artigo 22, §1º da Lei 12.016/09, em decorrência de eventual declaração de inconstitucionalidade de seu texto, poderá fazer com que o direito à autoexclusão deixe de ter efetividade no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** autoexclusão, ações de classe, aplicabilidade.

**Abstract:** the "right to opt out", first applied in american legal system, even though considerably limited by brazilian court of justice (STJ), remains applicable in brazilian legal system. The present paper aims to demonstrate, previously, that the court interpretation for article 104, reported on brazilian code title 8.078/90, led to a lack of practible applicability in differents fields for the right to opt out. Subsequently, the paper is going to illustrate that the pointed institute finds limitation to the maintenance

---

<sup>154</sup> Pós-graduando em direito processual pela Universidade Federal Fluminense - UFF – Faculdade de Direito – Departamento de Direito Processual. Bacharel em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogado.

<sup>155</sup> Pós-graduanda em direito processual pela Universidade Federal Fluminense – UFF – Faculdade de Direito – Departamento de Direito Processual. Bacharela em direito pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

of article 22, §1º, listed on brazilian code title 12.016/09, which stablished a different point of view. Finally, the paper proposes that any new interpretation of the article in coment will make that the right to opt out has no longer effectiveness in brazilian legal system.

**Keywords:** right to opt out, class actions, applicability.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Aplicação do *right to opt out* no direito comparado. 3. Legitimidade – Panorama geral e aplicabilidade relacionada ao mandado de segurança coletivo. 3.1. Legitimidade e interesse de agir e o tratamento dado pelo código de processo civil. 3.2. Legitimidade no âmbito do mandado de segurança coletivo. 4. O *right to opt out* no âmbito do mandado de segurança coletivo. 4.1 O *right to opt out* e a regra contida no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor. 4.2. Interpretação jurisprudencial do direito à autoexclusão. 4.3. *Right to opt out* no mandado de segurança coletivo. 5. Questões controvertidas relacionadas ao artigo 22, §1º da Lei 12.016/09. 5.1. Alegação de inconstitucionalidade do artigo 22, §1º da Lei 12.016/09. 5.2. A regra contida no artigo 22, §1º e a ideia de economicidade processual. 5.3. Artigo 22, §1º, Lei 12.016/09 e a garantia de acesso à justiça. 6. A necessidade do *right to opt out* no âmbito do mandado de segurança coletivo. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como principal objetivo analisar como se encontra estruturado o direito à autoexclusão da jurisdição coletiva, empregado no sistema processual norte-americano com a denominação “*right to opt out*”, focando sua análise no âmbito do mandado de segurança coletivo.

O *right to opt out*, quando inserido inicialmente na legislação brasileira, teve sua aplicabilidade pautada pelo artigo 104 do CDC, que trata da necessidade de suspensão da demanda individual para que o indivíduo possa ter seu direito tutelado por ação coletiva em trâmite. Em que pese a ideia proporcionada pelo artigo em comento, será demonstrado ao longo do estudo que os Tribunais Pátrios limitaram, de forma

significativa, o direito à autoexclusão, visto que passaram a entender que a suspensão da demanda individual seria algo obrigatório e não mais um ato de vontade por parte do autor.

Após a alteração de posicionamento jurisprudencial, o instituto perdeu força e teve sua incidência limitada. No entanto, a Lei 12.016/09, ao seguir em seu artigo 22,§1º regra distinta da prevista no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, fez com que o *right to opt out* permanecesse aplicável ao ordenamento brasileiro, notadamente no que diz respeito ao mandado de segurança coletivo e a sua relação com mandado de segurança individual que objetive tutelar mesmo direito.

O artigo 22,§1º da Lei 12.016/09 possui sua constitucionalidade questionada pela doutrina majoritária, pois consideram que o mesmo, ao obrigar o impetrante de *writ* individual desistir de sua demanda para que possa ter seu direito tutelado no âmbito coletivo, estaria criando óbices ao próprio exercício de ação, ferindo diretamente a garantia consagrada constitucionalmente.

De tal forma, procurará o presente estudo demonstrar que a aplicabilidade do direito à autoexclusão está necessariamente vinculada à manutenção da redação dada ao artigo 22,§1º da Lei 12.016/09. Eventual nova interpretação do texto legal, no sentido de possibilitar a suspensão do *writ* individual e não mais sua desistência, fará com que o *right to opt out* deixe de ter aplicabilidade no microsistema coletivo brasileiro, visto que, com as limitações impostas pelo STJ, não haverá mais espaço para manifestação de vontade, por parte do autor, quando sua demanda versar sobre direito também tutelado através da jurisdição coletiva.

## **2. APLICAÇÃO DO *RIGHT TO OPT OUT* NO DIREITO COMPARADO**

O *right to opt out* pode ser definido como o direito à autoexclusão da jurisdição coletiva. Quando tal direito é exercido, a jurisdição coletiva não produzirá efeitos na esfera pessoal do indivíduo que optou pela exclusão.

A terminologia utilizada tem origem no sistema processual americano, sendo a técnica em comento exercida, mais especificamente, no âmbito das chamadas “ações de classe” (*class actions*).

O objetivo do *right to opt out* no sistema norte-americano é notificar terceiros acerca da existência de determinada demanda coletiva, a fim de possibilitar que possam comparecer em juízo e intervir na ação. Ainda, sendo o caso de ação de classe cuja pretensão seja condenatória ou indenizatória, o *right to opt out* permite que terceiros possam requerer a autoexclusão da jurisdição coletiva.

A estrutura central das *class actions* é direcionada à necessidade de proteção de indivíduo ou grupo de indivíduos de lesões de massa, que ficariam sem proteção, seja por falta de interesse individual, ou até mesmo em razão da ausência de benefício evidente diante de uma tutela de grande onerosidade.

Necessário destacar que a aplicabilidade do instituto no direito norte-americano não possui correspondência exata no direito brasileiro. O direito à autoexclusão, quando tratado no âmbito das ações de classe americanas, possui aplicação restrita, não abrangendo, portanto, todos tipos de ações coletivas. Conforme preleciona Fredie Didier<sup>156</sup>, as ações coletivas previstas no artigo 23, referentes às classes “b(1)” e “b(2)”, das chamadas “*federal rules*” não permitem a autoexclusão. Por esta razão são as mesmas chamadas de “*mandatory class action*” ou “*no opt out class action*”. De tal forma, possível concluir que apenas as ações de classes do nível “b(3)”, que possuem pretensão de natureza condenatória/indenizatória, darão direito à opção pela autoexclusão da tutela coletiva.

Notório, portanto, que as limitações impostas pelo direito americano divergem das limitações introduzidas pela legislação pátria. As limitações impostas pelo sistema americano estão diretamente ligadas à natureza da decisão proferida, enquanto que no

---

<sup>156</sup> Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/> - Visualizado em 16/09/2017.

sistema brasileiro há um óbice imposto através de entendimento jurisprudencial, que limita de forma mais agressiva o instituto.

No que diz respeito ao direito europeu, importante destacar o modelo das “ações associativas” e as ações ressarcitórias *opt in*. A tutela em tal sistema encontra-se estruturada, segundo Graziela Argenta e Marcelo Rosado<sup>157</sup> (2017, p. 33), de forma fragmentada, em diversas leis e direitos subjetivos, buscando atender demandas relacionadas à direitos do consumidor, do meio ambiente, com base em uma perspectiva coletiva.

O modelo europeu em comento pode ser visualizado como sendo *pro et contra* e *opt in*, evidenciando-se nas ações ressarcitórias para tutela de direitos individuais homogêneos, procurando uniformizar o procedimento através da tutela *opt in*. Nesse sentido, prelecionam Graziela Argenta e Marcelo Rosado<sup>158</sup> (2017, p. 34):

“Trata-se de um modelo de tutela *pro et contra* e *opt in*, isto é, evidencia-se nas ações ressarcitórias para tutela dos direitos individuais homogêneos, com tendência de uniformização de um procedimento entorno da tutela *opt in*, como espécie de litígio agregado (só se beneficiam ou prejudicam – *pro et contra* - aqueles titulares de direito próprio que ingressarem no litígio). Ao que tudo indica, este modelo será complementado por uma tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos como *group litigation order* ou processo-modelo do mercado de capitais alemão. Somente aqueles titulares dos direitos individuais que aderirem ao processo (*opt in*) ou que tiverem ajuizado ações individuais suspensas para o julgamento do processo-modelo. Neste modelo, a garantia de reparação integral do dano não faz parte das preocupações do legislador”.

---

<sup>157</sup> ARGENTA, Graziela. ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. Rio de Janeiro: revista eletrônica de direito processual da faculdade de direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p. 33.

<sup>158</sup> ARGENTA, Graziela. ROSADO, Marcelo da Rocha. *Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro*, Op., cit., p. 34.

Necessário concluir, com base no acima elucidado, que a estrutura do direito à autoexclusão possui regramento próprio no âmbito do direito americano, europeu e brasileiro, divergindo, no entanto, quanto à forma que encontra-se estruturado, assim como no que diz respeito à sua aplicabilidade e aos direito que objetiva tutelar.

### **3. LEGITIMIDADE – PANORAMA GERAL E APLICABILIDADE RELACIONADA AO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO**

#### **3.1. Legitimidade e Interesse de agir e o tratamento dado pelo código de processo civil**

Antes de trazer à baila a temática central objeto do presente trabalho, que buscará elucidar a incidência do direito à autoexclusão quando aplicado ao mandado de segurança coletivo, mostra-se essencial abordar, em termos iniciais, como restam estruturados os institutos da legitimidade e do interesse de agir, pontuando, principalmente, as diferenças estruturais geradas pelo novo código de processo civil.

Os institutos da legitimidade e interesse de agir, durante a vigência do CPC/73, eram expressamente denominados como integrantes das chamadas “condições da ação”. No entanto, tal expressão não veio a ser repetida no atual código de processo civil, o que fez com que surgisse considerável divergência doutrinária acerca do tema. Parte da doutrina passou a considerar que a subtração do termo “condições da ação” fez com que tal instituto fosse afastado de nosso sistema processual. Assim, interesse de agir e legitimidade passariam a ser tratados como pressupostos processuais ou como questão de mérito, a depender do caso concreto. Assim entende Fredie Didier Jr<sup>159</sup>:

“[...] não haverá mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito “condição da ação”. A legitimidade ad causam e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais”.

---

<sup>159</sup> Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/> - Acessado em 16.08.2017.

Importante considerar que a doutrina em comento não busca fundamentar a desnecessidade de análise da legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Argumentam, apenas, que o conceito “condição da ação” deve ser eliminado de nosso sistema processual. Assim, conforme preleciona Daniel Assumpção<sup>160</sup> (2016, p. 192), o órgão jurisdicional ainda precisaria analisar a legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, senão vejamos:

É o conceito “condição da ação” que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar continuaria obviamente a existir. O órgão jurisdicional ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação ad causam ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária).

De tal modo, os autores que defendem a eliminação do conceito “condição da ação” começaram a afirmar que o novo código de processo civil, em sentido contrário ao anterior, teria consagrado a teoria abstrata da ação ao invés da teoria eclética. Como a teoria abstrata da ação diz que o direito de ação não pode ter qualquer influência da relação jurídica de direito material, é possível dizer que essa teoria, basicamente, nega a existência de condições da ação. Assim, se a questão for processual, será pressuposto processual. Se fizer referência à relação jurídica material, será questão de mérito.

Em que pese o posicionamento acima tratado, insta salientar que parte considerável da doutrina rejeita tal posicionamento, afirmando, assim, que o novo código de processo civil teria mantido a adoção da teoria eclética da ação, e, conseqüentemente, as condições da ação. Nesse sentido, dispõe Daniel Assumpção<sup>161</sup> (2016, p. 193/194):

“Certamente é tema que ainda suscitará muitos questionamentos e dúvidas, mas em minha primeira visão sobre o assunto não creio que o Novo CPC tenha adotado a teoria do direito abstrato de ação. Prova maior é que nas

---

<sup>160</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil, Volume Único, 8ª edição*. São Paulo: jus podivm, 2016, p.192.

<sup>161</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil, Op., cit., p. 193-194.*

hipóteses já mencionadas, de vedação à repropositura da ação e do cabimento da ação rescisória, o Novo Código de Processo Civil deixa claro que não estará havendo julgamento de mérito. Como a legitimidade e o interesse de agir dificilmente podem ser enquadrados no conceito de pressupostos processuais, por demandarem análise da relação jurídica de direito material alegada pelo autor, concluo que continuamos a ter no sistema processual as condições de ação. E vou ainda mais longe. Apesar do respaldo doutrinário significativo e de inúmeras decisões judiciais acolhendo-a, o novo diploma processual não consagrou a teoria da asserção, mantendo-se nesse ponto adepto da teoria eclética”.

Tendo por base o acima exposto, é possível concluir que, tanto o CPC/73, quanto o novo código de processo civil, distinguem pressupostos processuais, condições da ação e mérito. O artigo 17 do novo código de processo civil, quando estabelece ser necessário para postular comprovar interesse e legitimidade, exige que seja verificado, no caso concreto, a existência de tais elementos para que o juiz possa resolver o mérito, sendo, portanto, correto afirmar que a manutenção das denominadas “condições da ação” na nova legislação processual.

### **3.2. Legitimidade no âmbito do mandado de segurança coletivo.**

A legitimidade pode ser definida como sendo a “situação prevista em lei que permite um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda”<sup>162</sup> (Neves, Daniel Amorim Assumpção, 2016, p. 200).

A regra geral em termos de legitimidade é a consagrada no artigo 18 do Código de Processo Civil, que estabelece que somente o titular do alegado direito pode pleitear em nome próprio seu interesse (legitimidade ordinária). Assim, é possível afirmar que, no âmbito da tutela individual, a legitimidade extraordinária (defesa, em nome próprio, de interesse de terceiro) é vista como medida excepcional.

No que diz respeito à tutela coletiva, urge elucidar que a lógica acima explicitada é invertida. Ou seja, a regra é que a legitimidade seja extraordinária. No que tange ao polo

---

<sup>162</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, Op., cit., p. 200.



ativo, possível afirmar que nenhuma ação coletiva trabalha com legitimação ordinária. No entanto, em que pese tal assertiva, importante destacar que, para parte da doutrina, a legitimação extraordinária apenas se fundamenta na defesa de interesses de indivíduos, o que não ocorre no caso da defesa de direito difuso ou coletivo. De tal forma, afirmam que, no caso de defesa de direito difuso ou coletivo, se estaria diante de uma “legitimação autônoma para condução do processo”. Nesse sentido, aduz Alexandre Câmara<sup>163</sup> (2010, p. 363):

“(...) E há, por fim, quem sustente que a legitimidade para agir na defesa de direito difusos ou coletivo não seja nem ordinária nem extraordinária, já que tais figuras seriam típicas do direito processual individual, havendo necessidade de reconhecer-se aí outra categoria, típica do direito processual coletivo, a legitimação autônoma para a condução do processo”.

Ultrapassada a observação suscitada nos parágrafos anteriores, fundamental inferir que, assim como o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo objetiva proteger direito líquido e certo. No entanto, este último não destina-se a proteger um indivíduo isolado, mas sim um grupo de pessoas, sempre que houver ilegalidade ou abuso de poder perpetrado por autoridade.

Por se tratar de ação pertencente ao microssistema coletivo, é certo afirmar que os legitimados ativos nunca atuarão com legitimidade ordinária. Ou seja, aos entrarem em juízo, os legitimados ativos estarão, em nome próprio, defendendo os direitos dos indivíduos tutelados pelo mandado de segurança coletivo. Certo falar, portanto, que trata-se de hipótese de substituição processual e não representação.

No que diz respeito aos legitimados, é relevante dizer que, tanto a constituição, em seu artigo 5º, LXX, quanto a lei 12.016, em seu artigo 23, limitam os legitimados a ingressar com o mandado de segurança coletivo. Os dispositivos em comento estabelecem quatro legitimados para propositura do mandado de segurança coletivo,

---

<sup>163</sup> **CÂMARA**, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, volume I, 22ª edição. Rio de Janeiro: editora lumen juris, 2010, p. 363.

quais sejam: (i) partido político com representação no Congresso Nacional; (ii) organização sindical; (iii) entidade de classe; e (iv) associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Importante destacar que parte da doutrina considera o rol apresentado no artigo 5º, LXX da CRFB, e representado fielmente no artigo 23 da Lei 12.016, meramente exemplificativo, de forma a admitir outros legitimados que não constam necessariamente dos dispositivos em referência. Nesse sentido, aduz Marinoni<sup>164</sup> (2010, p. 693):

“O rol de legitimados para propositura de mandado de segurança coletivo não é taxativo. Como observa a doutrina, a previsão constitucional que trata do mandado de segurança coletivo limita-se a estabelecer os legitimados para esta ação. Em contraste com a legitimidade para outras ações coletivas (qualquer cidadão para a ação popular e vários entes para as ações civis públicas) é de se questionar se a legitimação aqui prevista é exclusiva, ou seja, se o rol trazido no dispositivo em questão é exaustivo. Nada há que autorize esta conclusão. A garantia fundamental, como cediço, não pode ser restringida, mas nada impede (aliás será muito salutar) que seja ampliada”.

Em que pese o posicionamento acima aludido, há que se falar que a doutrina amplamente majoritária afirma ser o rol constante do artigo 5º, LXX da CRFB/88 e 23 da Lei 12.016 taxativo, não havendo, portanto, qualquer outro legitimado a não ser os listados no artigo em referência. Alexandre Câmara, nesse sentido, entende que eventual ampliação do rol apenas poderia ocorrer por meio de lei ordinária, não admitindo, assim, eventual interpretação analógica ou extensiva do artigo 5º, LXX, da CRFB/88 ou do artigo 21, da Lei 12.016/2009<sup>165</sup> (2014, p. 384).

---

<sup>164</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição São Paulo: editora saraiva, 2016, p. 693.

<sup>165</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*, 2ª edição. São Paulo: editora Atlas, 2014, p. 384.

#### **4. O *RIGHT TO OPT OUT* NO ÂMBITO DO MICROSSISTEMA COLETIVO BRASILEIRO**

##### **4.1. O *right to opt out* e a regra contida no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.**

Após trazer à baila os conceitos introdutórios fundamentais ao estudo do mandado de segurança coletivo, necessário se faz iniciar o tratamento da relação existente entre mandados de segurança individuais e coletivos, focando no instituto que busca evitar decisões contraditórias, denominado pelo direito norte-americano de “*right to opt out*”.

O denominado “*right to opt out*” consiste no chamado direito à autoexclusão da jurisdição coletiva. Quando tal direito é exercido, a jurisdição coletiva não produzirá efeitos na esfera pessoal do indivíduo que optou pela exclusão. Ou seja, ao excluir-se, o indivíduo não poderá ser prejudicado por eventual sentença desfavorável. No entanto, em caso de vitória, também não será beneficiado pela coisa julgada da sentença favorável.

O instituto em comento possui previsão expressa na legislação pátria, mais especificamente no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, que foi o primeiro dispositivo do microssistema coletivo brasileiro a abordar a técnica da autoexclusão. O referido artigo dispõe que o autor da ação individual, após ser comunicado acerca da existência de ação coletiva, possui 30 (trinta) dias para resolver qual destino pretende dar à ação individual. O autor pode optar por se excluir dos efeitos da ação coletiva (*right to opt out*), ou optar pela suspensão da ação individual. Escolhendo o caminho da suspensão, ficará vinculado ao resultado da ação coletiva.

A figura do *right to opt out* mostra-se perfeitamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. Como não há que se falar em litispendência entre ações individuais e coletivas, o instituto em comento fornece técnicas procedimentais que objetivam evitar que sejam proferidas decisões contraditórias, no âmbito individual e coletivo, referentes ao mesmo direito, privilegiando, assim, a preservação da segurança jurídica.

#### **4.2. Interpretação jurisprudencial do direito à autoexclusão.**

O Superior Tribunal de Justiça, ao realizar um estudo de aplicabilidade da regra contida no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, verificou que a suspensão nele referida pouco vinha ocorrendo, o que acabava fazendo com que ambas as ações (individual e coletiva) permanecessem em trâmite.

Com o intuito de evitar tal situação, firmou-se o entendimento de que a referida suspensão seria obrigatória<sup>166</sup>. Ou seja, chegando a comunicação, entendendo o magistrado pela suspensão, a vontade do autor seria totalmente irrelevante.

Tal alteração de entendimento acabou, por razões óbvias, desvirtuando a aplicação do *right to opt out* no direito brasileiro, que teve seu âmbito de incidência reduzido de forma significativa.

#### **4.3. *Right to opt out* no Mandado de Segurança Coletivo.**

Conforme já verificado, o rol de legitimados à propositura do Mandado de Segurança Coletivo, constante do art. 23 da Lei 12.016/09, é visto, pela doutrina e jurisprudência majoritária, como *numerus clausus*. De tal forma, possível concluir que o rol de legitimados aptos a propor um Mandado de Segurança Individual não se confunde com os legitimados à propositura de um Mandado de Segurança Coletivo.

Em que pese a premissa evidenciada no parágrafo anterior, é importante destacar que resta inserido no âmbito da tutela coletiva o chamado “Direito Individual Homogêneo”, direito este titularizado por uma pluralidade de indivíduos determinados. Para que seja

---

<sup>166</sup> PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DE AÇÃO INDIVIDUAL EM LIQUIDAÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, em razão de conferir maior efetividade e agilidade à prestação jurisdicional, é possível a flexibilização do princípio da identidade física do juiz e do princípio do juiz natural. 2. É possível, de ofício, a conversão da ação individual em liquidação provisória de sentença coletiva, não sendo permitidos, porém, atos de execução sobre o patrimônio do executado. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, Quarta turma, AgRg no Ag 1144374/RS, Agravo de instrumento nº. 2009/0003681-5, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 14/04/2011, DJe 03/05/2011).

configurado, é necessário demonstrar a existência de uma situação jurídica comum a todos os titulares do direito.

O Direito Individual Homogêneo, embora seja titularizado por uma pluralidade de sujeitos que encontram-se ligados através de uma situação jurídica comum a todos, possui um objeto divisível. Assim, é possível dizer que a violação ao direito é comum a todos os titulares do direito, mas o resultado da violação atinge a esfera pessoal de cada indivíduo de forma distinta.

Como o Direito Individual Homogêneo é titularizado por indivíduos determinados, ao contrário dos direitos difusos e coletivos, que são direitos essencialmente transindividuais, podem seus titulares buscar tutela através da esfera individual, por meio do Mandado de Segurança Individual. No entanto, cumpre salientar que a tutela individual do referido direito não retira o mesmo do âmbito da tutela coletiva, o que significa dizer que a tutela individual do direito individual homogêneo não impossibilita a impetração de Mandado de Segurança Coletivo que tenha como objeto a proteção do mesmo direito.

Para evitar a prolação de decisões contraditórias, a técnica do *right to opt out* também deve ser aplicada no âmbito do Mandado de Segurança. Entretanto, insta salientar que o procedimento em questão possui regramento próprio na Lei 12.016/09, regramento este que difere, de forma considerável, da técnica constante do artigo 104 do CDC.

O direito à autoexclusão vem expresso no artigo 22, §1º da Lei 12.016/09, que destaca não aduzir litispendência para as ações individuais o mandado de segurança coletivo, afirmando, no entanto, que os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante de demanda individual que não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta dias), a contar da ciência comprovada da impetração da demanda coletiva.

O artigo 22, §1º, da Lei 12.016/09, ao falar em “desistência” e não em “suspensão” da demanda individual, foge à regra geral do microsistema coletivo, constante do artigo 104 do CDC. Dentro da lógica apresentada pelo artigo em comento, para que o indivíduo impetrante de demanda individual tenha seu direito tutelado pelo mandado de segurança coletivo, será necessário que o mesmo, no prazo de 30 dias, desista de sua demanda individual.

A regra contida no artigo 22, §1º da Lei 12.1016/09 possui teor de grande severidade, podendo ser, a depender do caso concreto, prejudicial ao titular do direito, visto que o mesmo precisará desistir de sua demanda individual. Assim, em caso de derrota na esfera coletiva, não poderá o titular do direito prosseguir com seu mandado de segurança individual, já que o mesmo, para aderir aos efeitos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, precisou desistir e não apenas suspender sua demanda individual.

## **5. QUESTÕES CONTROVERTIDAS RELACIONADAS AO DETERMINADO PELO ARTIGO 22, §1º, DA LEI 12.016/09.**

### **5.1. Alegação de inconstitucionalidade do artigo 22, §1º da Lei 12.016/09.**

O art. 22, §1º da Lei 12.016/09, ao falar em desistência da demanda individual, contrariando o disposto no artigo 104 do CDC, que fala em suspensão, é uma novidade legislativa considerada, para boa parte da doutrina, um retrocesso.

A crítica feita por parte considerável da doutrina é que o titular de direito que desistir do Mandado de Segurança Individual e, posteriormente, se deparar com uma sentença de improcedência no Mandado de Segurança Coletivo, poderá, em razão do prazo de 120 (cento e vinte dias) constante do art. 23 do referido diploma legal, ficar impossibilitado de impetrar novo *writ* individual, configurando verdadeira violação ao princípio do acesso à justiça. Nesse sentido, preleciona Fredie Didier<sup>167</sup>:

---

<sup>167</sup> Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/> - Acessado em 28/08/2017.

“O § 1º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 foge à regra geral do microsistema: o indivíduo deverá desistir do mandado de segurança individual, em vez de pedir a suspensão do processo. A regra é estranha e pode revelar-se inconstitucional se, no caso concreto, a desistência implicar a perda do direito fundamental ao mandado de segurança, que deve ser exercitado em cento e vinte dias (art. 23 da Lei n. 12.016/2009). Seria restrição irrazoável ao direito fundamental ao mandado de segurança”.

Alexandre Câmara<sup>168</sup> (2014, p. 398), no mesmo sentido, critica a disposição legal constante da lei do mandado de segurança, afirmando que a regra contida na legislação consumerista, mais especificamente no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor deve prevalecer, senão vejamos:

“A melhor interpretação do dispositivo aqui examinado é a que vincula ao art. 104 do CDC. É que não há qualquer sentido em se exigir do impetrante individual que desista de seu mandado de segurança para poder beneficiar-se do resultado favorável alcançado no mandado de segurança coletivo”.

O referido autor elucida, ainda, que a grande problemática relacionada ao dispositivo em questão diz respeito à possibilidade de denegação da segurança coletiva. Em tal hipótese, tendo sido extinto o processo individual sem julgamento do mérito, já que a lei 12.016/09 escolheu falar em desistência do mandado de segurança individual, seria necessário que o demandante impetrasse novo mandado de segurança. Ocorre que, em grande parte dos casos, não mais seria possível impetrar novo mandado de segurança, em razão da decorrência do prazo de 120 (cento e vinte) dias referido no artigo 23 da Lei 12.016/09.

Conclui-se, portanto, que a dinâmica apresentada pela lei do mandado de segurança gera grandes questionamentos por parte da doutrina pátria, visto que, se aplicado de forma literal, acabaria por gerar, nas palavras de Alexandre Câmara (2014, p. 398), “resultados inconvenientes do ponto de vista da própria eficiência<sup>169</sup>”, fazendo com que os

---

<sup>168</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do Mandado de Segurança*, op., cit., p. 398.

<sup>169</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*, Op., cit., p. 398.

impetrantes a título individual deixassem de optar por aguardar o resultado do mandado de segurança coletivo por medo de, na prática, acabar gerando um limite ao pleno exercício do direito de defesa.

## **5.2. A regra contida no artigo 22, §1º e a ideia de economicidade processual.**

Notório inferir, ainda, que o prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração do Mandado de Segurança não é o único obstáculo visualizado pela doutrina pátria. Outra preocupação de grande relevância diz respeito à ideia de economicidade processual.

O princípio da economia processual tem a sua estrutura baseada em dois grandes objetivos. O primeiro é obter mais resultados com o menor número possível de atos processuais, evitando, assim, a repetição de atos inúteis. Seu segundo objetivo está diretamente relacionado à ideia de evitar multiplicidade de processos. Nesse sentido, destaca Daniel Assumpção (2016, p. 197) a relevâncias das ações coletivas, a saber:

“Quanto à missão de evitar a multiplicidade de processos não resta nenhuma dúvida de que as ações coletivas, ao evitarem a fragmentação do direito em inúmeras demandas individuais, contribuem significativamente para a economia processual no sentido ora analisado<sup>170</sup>”.

Percebe-se, portanto, que a tutela coletiva possui papel fundamental no que diz respeito ao cumprimento do princípio da economicidade processual. Assim, possível concluir que a redação dada ao artigo 22, §1º, da lei do mandado de segurança acaba por ir em sentido contrário à própria essência da tutela coletiva.

Quando o artigo em comento fala em desistência e não em suspensão do mandado de segurança individual, acaba o mesmo por impor uma condição excessivamente onerosa à parte.

---

<sup>170</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, Op., cit., p. 197.



Parte considerável da doutrina brasileira aduz que a coisa julgada material formada nos processos que versam sobre direitos individuais homogêneos seria *in utilibus* e não *pro et contra*. Nesse sentido, dispõe Alexandre Câmara<sup>171</sup> (2014, p. 390):

“Essa regra, da extensão *in utilibus* da coisa julgada material formada nos processos que versam sobre interesses individuais homogêneos, encontra-se expressa no artigo 103, III, do CDC. Não é necessário, porém, invocar a legislação consumerista para justificar o que acaba de ser dito. A tal resultado se chegaria, independentemente daquele texto normativo, por mera aplicação do sistema comum da coisa julgada”.

Assim, para tais autores, o autor da demanda individual, mesmo tendo optado pela desistência, poderia interpor novo mandado de segurança individual, visto que apenas estaria vinculado à decisão da demanda coletiva em caso de vitória. A violação à ideia de celeridade processual é visualizada exatamente quando se admite a propositura de novo *writ* individual.

Em caso de derrota na demanda coletiva, estará a parte, caso tenha o intuito de prosseguir com a tutela de seu direito, obrigada a ajuizar nova demanda, visto que o mandado de segurança individual não foi apenas suspenso. Falar em novo ajuizamento significa novo recolhimento de custas processuais, o que acaba por onerar a parte demandante, além de fazer com que a parte tenha que suportar todo o trâmite desde o início.

Assim, possível concluir que a opção do legislador pela desistência do mandado de segurança coletivo, positivada no artigo 22, §1º da Lei 12.016/09, funciona como verdadeiro desserviço à ideia de economicidade processual, visto que acaba por tornar a relação processual mais onerosa para o demandante.

O autor de demanda individual que optou pela desistência precisará, ainda, começar do zero novo mandado de segurança, caso deseje manter a tutela de seu direito, razão pela

---

<sup>171</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*, Op., cit., p. 390.

qual o dispositivo em comento viola, também, a ideia de celeridade processual e, conseqüentemente, o princípio da economicidade processual em suas duas grandes estruturas.

### **5.3. Artigo 22, §1º, Lei 12.016/09 e a garantia de acesso à justiça.**

O acesso à justiça é visualizado como uma das maiores garantias consagradas constitucionalmente, estando expressamente previsto no artigo 5º, XXXV, da CRFB/88.

De tal forma, o acesso à justiça tem por objetivo garantir que todos os indivíduos tenham acesso ao judiciário, a fim de postular tutela de direito violado ou que haja probabilidade de violação.

Com o intuito de analisar suposta violação do artigo 22, §2º, da Lei 12.016/09 aos ditames do acesso à justiça, necessário se faz abordar as chamadas “ondas” do acesso à justiça.

A primeira onda do acesso à justiça tem o objetivo de eliminar barreiras econômicas. Ou seja, busca possibilitar que hipossuficientes econômicos também tenham acesso ao judiciário.

A segunda onda possui relação direta com a tutela dos direitos transindividuais. Busca, então, solucionar problemas atrelados à representação de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Pelas especificidades inerentes a tais direitos, a estrutura processual clássica não se mostrava apta a tutela-los. Assim, foi necessário criar institutos próprios para que tais direitos pudessem vir a receber o tratamento devido.

A terceira onda do acesso à justiça busca superar os obstáculos gerados pela própria estrutura processual, objetivando, assim, criar novas alternativas para solução dos conflitos existentes no âmbito social. Algumas das alternativas pensadas já possuem aplicabilidade prática no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

No que diz respeito ao artigo 22, §2º da Lei do Mandado de Segurança, é possível inferir que a limitação gerada pelo termo “desistência” vai de encontro ao objetivo principal da segunda onda do acesso à justiça, que é justamente propiciar uma estrutura apta a tutelar direitos transindividuais. A redação do artigo em comento limita de forma considerável o exercício do direito do autor, obrigado o mesmo a desistir de sua demanda individual para que possa ser tutelado pela demanda coletiva.

Não por outro motivo, parte considerável da doutrina sustenta que o artigo 22, §2º seria inconstitucional por violar diretamente o acesso à justiça<sup>172</sup>, razão pela há a proposta de que seja dada nova interpretação ao artigo em referência, possibilitando, assim, a suspensão da demanda individual, ao invés da desistência prevista expressamente em seu texto.

Tendo por base o acima aludido, possível concluir que a melhor solução apresentada pela doutrina pátria é oferecer nova interpretação ao artigo 22, §2º, da Lei 12.016/09, visto que apenas assim será possível evitar sua inconstitucionalidade evidente.

## **6. A NECESSIDADE DO *RIGHT TO OPT OUT* NO ÂMBITO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.**

O estudo apresentado demonstrou que a regra contida no artigo 22, §1º da Lei 12.016/09 tem sua constitucionalidade fortemente questionada pela doutrina pátria, visto que pode, dentre outras possibilidades, configurar verdadeiro cerceamento ao direito de ação.

Em que pese os questionamentos apresentados, importante salientar que os Tribunais Pátrios, em momento algum, seguiram o entendimento doutrinário, razão pela qual o artigo em questão ainda é aplicado em sua literalidade.

---

<sup>172</sup> **BUENO**, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança, 2ª edição*. São Paulo: editora saraiva, 2011, p. 177-180.

Assim, para que o impetrante de mandado de segurança coletivo tenha seu direito tutelado através da demanda coletiva, será necessário que o mesmo peticione nos autos do *writ* individual optando pela sua desistência.

O autor de mandado de segurança individual não pode simplesmente optar pela suspensão de sua demanda para saber se logrará êxito no mandado de segurança coletivo. De tal forma, caso o autor tenha o objetivo de manter a tutela do seu direito de forma individualizada, através do mandado de segurança individual, deverá exercer seu direito à autoexclusão da demanda coletiva (*right to opt out*), deixando, assim, de peticionar pedindo a desistência da demanda individual no prazo legal.

Em que pese as alegações de inconstitucionalidade do artigo 22, §1º, é notório que, enquanto não houver declaração de sua inconstitucionalidade, o *right to opt out* permanecerá vivo no microsistema coletivo brasileiro, sendo a única ferramenta apta a afastar a vinculação do indivíduo titular de direito transindividual da tutela coletiva.

## **7. CONCLUSÃO**

O presente estudo procurou abordar os principais aspectos do direito à autoexclusão quando aplicado no âmbito do microsistema coletivo brasileiro, demonstrando que, embora o referido instituto tenha sido limitado de forma considerável pelo Superior Tribunal de Justiça, sua aplicação ainda é de grande relevância quando visualizado através do regramento do mandado de segurança.

A manutenção do instituto em nosso ordenamento possui ligação direta com a redação dada ao artigo 22, §1º, da Lei 12.016/09, que, ao não falar em suspensão da demanda individual, faz com que o indivíduo impetrante de *writ* individual tenha que peticionar requerendo a desistência para que tenha seu direito tutelado através do mandado de segurança coletivo.

A solução apresentada pelo artigo 22, §1º é tecnicamente ruim, tendo o mesmo sua constitucionalidade questionada pela doutrina pátria. A técnica apresentada pelo legislador pode, inclusive, ocasionar a perda do direito fundamental ao mandado de

segurança, pois, caso o insucesso na demanda coletiva venha a ocorrer após o prazo de 120 (cento e vinte) dias, previsto no artigo 23 da Lei 12.016/09, não será mais possível buscar o indivíduo a tutela de seu direito de forma individual.

Não por outra razão a doutrina majoritária tem entendido que a melhor solução possível é fornecer nova interpretação ao texto do dispositivo. Nas palavras de Fredie Didier<sup>173</sup>, “a tendência é a jurisprudência considerar que o mais adequado é a suspensão do processo individual, conforme a regra do microssistema”.

No entanto, cabe inferir que a nova interpretação sugerida, até o presente momento, encontra-se presente apenas no plano das ideias. Os Tribunais Pátrios ainda interpretam a regra contida no artigo 22, §1º de forma literal, não entendendo, assim, pela suspensão do mandado de segurança individual, mas sim pela sua desistência.

Possível concluir, portanto, que, enquanto não houver alteração de entendimento jurisprudencial, o *right to opt out* permanecerá vivo e efetivo no microssistema coletivo pátrio. Não obstante, através de raciocínio inverso, notório observar que, eventual alteração de entendimento jurisprudencial, poderia fazer com que o *right to opt out* deixasse de ter aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, já que o Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar a ideia de suspensão prevista no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, tem entendido que a mesma deve ocorrer de forma obrigatória.

Com a suspensão obrigatória da demanda individual, o *right to opt out* estaria, basicamente, sem qualquer aplicabilidade, visto que apenas faria sentido falar em direito à autoexclusão caso o indivíduo autor de demanda individual tivesse a liberdade de optar ou não pela suspensão do processo individual.

Com base no acima aludido, possível depreender que a aplicabilidade futura do *right to opt out* encontra-se condicionada a não alteração de entendimento por parte dos

---

<sup>173</sup> Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/> - Acessado em 16.09.2017.

Tribunais Pátrios, no que diz respeito à redação do artigo 22, §1º, da Lei 12.016/09. Se futuramente vigorar o entendimento de que o mandado de segurança individual deverá ser obrigatoriamente suspenso diante da existência de *writ* coletivo, não haverá mais qualquer espaço para a manifestação de vontade por parte do autor, e, conseqüentemente, inexistirá viabilidade de manutenção do instituto no ordenamento pátrio.

## **BIBLIOGRAFIA**

**ARGENTA**, Graziela. **ROSADO**, Marcelo da Rocha. *Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro*. Rio de Janeiro: revista eletrônica de direito processual da faculdade de direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

**BUENO**, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*, 2ª edição. São Paulo: editora saraiva, 2011.

**CÂMARA**, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, volume I*, 22ª edição. Rio de Janeiro: editora lumen juris, 2012.

**CÂMARA**, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*, 2ª edição. São Paulo: editora Atlas, 2014.

**DIDIER JR**, Fredie. *Art. 22, § 1º, Lei n. 12.016/2009. Mandado de segurança coletivo. Direito de auto-exclusão da abrangência da jurisdição coletiva. Possível inconstitucionalidade. Apelo ao microsistema da tutela coletiva*. Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/> - Acessado em 28/08/2017.

**DIDIER JR**, Fredie. *Condições da Ação e o projeto de novo CPC*. Conforme visto em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/> - Acessado em 16.08.2017.

**NEVES**, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil, volume único*, 8ª edição. São Paulo: jus podivm, 2016.

**SARLET**, Ingo Wolfgang, **MARINONI**, Luiz Guilherme, **MITIDIERO**, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: editora saraiva, 2016.

## **O RECONHECIMENTO DA DUPLA VULNERABILIDADE JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO ENTRE CONSUMIDOR PESSOA FÍSICA E FORNECEDOR MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE.**

Joel de Lima Pinel Junior.<sup>174</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A necessidade do uso do pensamento sistemático no âmbito dos juizados especiais cíveis. 3. As medidas de igualdade e desigualdade entre consumidores pessoa física e fornecedores microempresa e empresa de pequeno porte. 4. Consequências jurídicas da dupla vulnerabilidade jurídica para lides entre consumidor e empresa de pequeno porte ou microempresa. 5. Conclusões.

**Resumo:** O trabalho propõe alternativa ao casuísmo para a solução de problemas jurídicos que envolvam consumidor e microempresas a partir do reconhecimento de uma dupla vulnerabilidade jurídico e do uso do pensamento sistemático.

**Palavras-Chave:** consumidor - microempresa - dupla vulnerabilidade - pensamento sistemático.

**Abstract:** The paper proposes an alternative to judicial casuism at conflicts between consumer natural person an small companies trough the recognition of a double juridical vulnerability and trough application of systematical thinking.

**Key-Words:** consumer - small companies - double vulnerability - systematical thinking

### **1. Introdução.**

O presente trabalho aborda o problema da casuística das decisões judiciais especificamente no âmbito dos juizados especiais cíveis, nos litígios que envolvam consumidor pessoa física como autor e fornecedor microempresa ou empresa de

---

<sup>174</sup> Mestrando em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense no Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa do Departamento de Direito.

pequeno porte como réu. De modo elaborar crítica jurídica e construir uma via alternativa ao casuísmo para a solução de problemas jurídicos, por meio do pensamento sistemático.

A metodologia utilizada consiste na aplicação dos métodos tradicionais de hermenêutica jurídica aos textos jurídicos vigentes no Brasil acompanhada do pensamento sistemático de Canaris<sup>175</sup>.

Num primeiro momento, trata-se de demonstrar a ausência de fundamentos jurídicos para adoção do casuísmo no âmbito dos juizados especiais cíveis e demonstrar a existência de fundamentos jurídicos para adoção do pensamento sistemático nos litígios que envolvam consumidor pessoa física como autor e fornecedor microempresa ou empresa de pequeno porte como réu.

Posteriormente, a tarefa é cotejar o tratamento jurídico dos litigantes consumidor pessoa física como autor e fornecedor microempresa ou empresa de pequeno porte como réu. Donde se extrai a dupla vulnerabilidade jurídica.

Em momento ulterior, o trabalho identifica algumas das consequências jurídicas extraídas do reconhecimento da dupla vulnerabilidade jurídica dos litigantes em juizados especiais cíveis. As consequências jurídicas extraídas do reconhecimento da dupla vulnerabilidade jurídica dos litigantes em juizados especiais cíveis não representam redução dos direitos básicos do consumidor, mas de sua harmonização à vulnerabilidade jurídica das empresas de pequeno porte.

Exemplos de consequências jurídicas extraídas do reconhecimento da dupla vulnerabilidade jurídica dos litigantes em juizados especiais cíveis são: (1) a única hipótese de inversão do ônus da prova é a verossimilhança das alegações do consumidor; (2) os órgãos judiciários e administrativos devem estimular a

---

<sup>175</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.



consensualidade na solução de litígios; (3) não se aplica a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica; (4) o acesso ao mercado de consumo deve harmonizar os interesses de consumidor e empresa de pequeno porte.

Por fim, são apresentadas as conclusões do trabalho, que se prestam a servir como referência para concretizar o equilíbrio e harmonização de interesses entre consumidor e fornecedor no contexto específico na relação entre pessoa física e pessoa jurídica empresa de pequeno porte.

## 2. A necessidade do uso do pensamento sistemático no âmbito dos juizados especiais cíveis.

O uso do pensamento sistemático na ciência do direito não decorre apenas de motivações de ordem lógico-científicas, mas dos próprios princípios normativos basilares da ordem jurídica, sendo inferido da própria ideia de Direito (Canaris, 2012, p. 22).

O papel do conceito de sistema na ciência do direito é "... o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica" (Canaris, 2012, p. 23). Deste modo, o uso do pensamento sistemático evita que uma multiplicidade de normas singulares e desconexas, contraditórias umas com as outras, afete a unidade interior do Direito.

Esta função do pensamento sistemático é legítima a partir da própria ideia de Direito por decorrência tanto da segurança jurídica quanto da justiça. O valor da segurança jurídica pode ser compreendido de diversas maneiras, como determinabilidade e previsibilidade do Direito, ou estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou aptidão do Direito para ser aplicado (Canaris, 2012, p. 23). O valor da justiça pode ser compreendido como tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, na medida de sua diferença (Canaris, 2012, p. 18). Assim, os dois valores jurídicos constituem fonte normativa da legitimidade do uso do pensamento sistemático.

Neste contexto, ao analisar um problema jurídico concreto, como um conflito entre normas ou mesmo um conflito de interesses, o pensamento sistemático impõe uma necessidade de justificar a solução possível a princípio com sua adequação com os valores jurídicos basilares da igualdade e segurança.

Por este motivo, o uso do pensamento sistemático para analisar a relação jurídica de consumo entre consumidor pessoa física e fornecedor microempresa ou empresa de pequeno porte deve traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.

Neste sentido, tornasse necessário estabelecer as medidas de igualdade e desigualdade reconhecidas pelo ordenamento jurídico entre consumidores pessoa física e fornecedores microempresa ou empresa de pequeno porte para que se possa resolver adequadamente um problema jurídico que envolva estas categorias de sujeitos de direito, como por exemplo, uma lide em juizado especial cível.

Exemplos de problemas jurídicos típicos de lide em juizado especial cível que podem ser iluminados pelo pensamento sistemático são a decisão a respeito da inversão do ônus da prova, a valoração dos elementos probatórios e os efeitos materiais da revelia.

A partir do pensamento sistemático, estes problemas jurídicos deixam de ser resolvidos única e exclusivamente pela casuística e passam a encontrar premissas em soluções aptas a generalidade, isto é, que possam ser reproduzidas em casos semelhantes.

O artigo 6º da Lei 9.099/95 faz parecer que nos juizados especiais cíveis a casuística deve ser privilegiada em relação ao pensamento sistemático, pois "O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum."

Contudo, a nova redação do artigo 48 da Lei 9.099/95 fundamenta a vedação ao casuísmo no âmbito dos juizados especiais cíveis, pois "Caberão embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil.". E no Código de Processo Civil diversos são os dispositivos legais que exigem do juiz o esforço hermenêutico pelo uso do pensamento sistemático.

Por isso, o uso do pensamento sistemático no âmbito dos juizados especiais cíveis é uma exigência da ordem jurídica vigente, e o artigo 6º da Lei 9.099/95 não deve ser interpretado como uma autorização ao casuísmo jurídico, mas como dispositivo que ressalta o papel do juiz em concretizar os valores da segurança jurídica e da justiça nos juizados especiais.

A redação do artigo 6º da Lei 9.099/95 se justifica porque ao juiz do juizado especial cível cabe apreciar para fins de homologação ou rejeição o projeto de sentença de juízes leigos e os laudos arbitrais de árbitros escolhidos pelas partes. Como o juiz homologa a decisão de outrem, o papel do juiz é justamente o de efetuar um controle de adequação valorativa da decisão sob homologação e o Direito vigente.

Deste modo, o uso do pensamento sistemático no âmbito dos juizados especiais cíveis é uma exigência da ordem jurídica vigente e deve ser utilizado pelo juiz tanto na prestação da jurisdição de forma mais direta, como primeira autoridade decisória, quanto no exercício da prestação da jurisdição na forma de júízo de delibação.

3. As medidas de igualdade e desigualdade entre consumidores pessoa física e fornecedores microempresa e empresa de pequeno porte.

O artigo 170 da Constituição Federal é fonte normativa de matéria afeta à ordem econômica brasileira e destaca como princípios jurídicos a defesa do consumidor e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A partir desta previsão normativa, o Direito brasileiro reconhece uma vulnerabilidade jurídica do consumidor, que deve ser defendido, e uma vulnerabilidade jurídica da empresa de pequeno porte, que deve ter tratamento favorecido.

Assim, a medida de igualdade entre consumidores pessoa física e fornecedores microempresa e empresa de pequeno porte é o reconhecimento da respectiva vulnerabilidade jurídica pelo Direito brasileiro.

Para concretizar os princípios constitucionais de defesa do consumidor e tratamento diferenciado da empresa de pequeno porte foram editados dois diplomas normativos, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e o Estatuto da Microempresa (Lei complementar 123/06).

Também com o objetivo de concretizar os princípios constitucionais de defesa do consumidor e tratamento diferenciado da empresa de pequeno porte, a Lei 9.099/95 incluiu no rol de legitimados ativos para propor ação em juizado especial cível: as pessoas físicas capazes e as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar nº 123/06.

Contudo, o consumidor e a empresa de pequeno porte são sujeitos de direito com finalidades distintas e com realidades próprias, de modo que a vulnerabilidade jurídica de ambos é resolvida pelo Direito a partir de normas específicas, na medida da desigualdade de cada um.

Pelo Código de Defesa do Consumidor é reconhecida a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, portanto, na relação entre consumidor e empresa de pequeno porte no contexto de mercado de consumo é reconhecida a vulnerabilidade do primeiro em relação ao segundo sujeito de direito.

Pela Lei Complementar 123/06 é reconhecida a vulnerabilidade das microempresas e empresas de pequeno porte no contexto de solução de litígios em geral, de modo que deve ser estimulado o uso dos institutos de conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução dos seus conflitos. Portanto, a vulnerabilidade do consumidor em relação à empresa de pequeno porte no contexto de mercado de consumo é existente, porém de pequena monta.

Este menor grau de vulnerabilidade do consumidor em relação à empresa de pequeno porte é importante para a concretização do princípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Portanto, podem ser extraídas consequências jurídicas deste menor grau de vulnerabilidade do consumidor em relação à empresa de pequeno porte aplicáveis aos litígios em juizados especiais cíveis, de modo a manter a adequação valorativa e a unidade interna do Direito brasileiro.

#### 4. Consequências jurídicas da dupla vulnerabilidade jurídica para lides entre consumidor e empresa de pequeno porte ou microempresa.

Consequências jurídicas do menor grau de vulnerabilidade do consumidor em relação à empresa de pequeno porte podem ser extraídas da interpretação de dispositivos legais em conformidade ao reconhecimento da dupla vulnerabilidade jurídica entre consumidor pessoa física e fornecedor empresa de pequeno porte.

O inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor estipula como direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, nas hipóteses alternativas de (1) verossímil a alegação de fato ou (2) hipossuficiente o consumidor. Tendo em vista a dupla vulnerabilidade jurídica, a inversão do ônus da prova no caso de consumidor pessoa física e fornecedor empresa de pequeno porte só se justifica na hipótese de verossimilhança da alegação de fato do

consumidor, vez que um sujeito vulnerável não pode ser considerado hipossuficiente em relação a outro sujeito vulnerável.

O inciso VII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor estipula como direito básico do consumidor o acesso aos órgãos judiciários e administrativos para sua a proteção jurídica, administrativa e técnica. Tendo em vista a dupla vulnerabilidade jurídica, este acesso aos órgãos judiciários e administrativos devem ser orientados pela estímulo ao uso dos institutos de conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução dos seus conflitos, bem como da dupla visita administrativa, previstos pela Lei Complementar 123/06.

O artigo 28 do do Código de Defesa do Consumidor estipula como regra para desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade em detrimento do consumidor a hipótese em que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Tendo em vista a dupla vulnerabilidade jurídica, esta hipótese de desconsideração da personalidade jurídica não se aplica para empresas de pequeno porte enquanto réus, diferente do caso de microempresas, em que desnecessária o incidente pois a pessoa jurídica decorre da própria pessoa natural titular da empresa.

O inciso III do artigo 1º da Lei Complementar 123/06 estipula como norma geral relativa ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte o acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão. Tendo em vista a dupla vulnerabilidade jurídica, o acesso ao mercado de consumo na condição de fornecedor de produto ou serviço deve ser compatibilizado com a proteção da defesa do consumidor.

Deste modo, uma série de consequências jurídicas são extraídas do reconhecimento da dupla vulnerabilidade jurídica na relação de consumo entre pessoa física e fornecedor microempresa ou empresa de pequeno porte, sintetizamos: (1) a única hipótese de inversão do ônus da prova é a verossimilhança das alegações do consumidor; (2) os

órgãos judiciários e administrativos devem estimular a consensualidade na solução de litígios; (3) não se aplica a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica; (4) o acesso ao mercado de consumo deve harmonizar os interesses de consumidor e empresa de pequeno porte.

Estas consequências jurídicas são aplicáveis a casos concretos e revelam o uso do pensamento sistemático em detrimento da casuística, razão pela qual traduzem maior segurança jurídica e adequação ao princípio da igualdade.

## 5. Conclusões.

A Lei 9.099/95 não abriu no ordenamento jurídico uma hipótese de legítimo uso da casuística em detrimento ao uso do pensamento sistemático, mas, por outro lado, constitui-se em diploma normativo apto a levar ao nível do processo o princípio da igualdade, na medida em que litigantes especiais necessitam de uma legislação processual especial, na medida da especialidade.

A partir do artigo 170 da Constituição Federal depreende-se que o Direito brasileiro reconhece uma vulnerabilidade jurídica do consumidor, que deve ser defendido, e uma vulnerabilidade jurídica da empresa de pequeno porte, que deve ter tratamento favorecido. De modo que na relação processual entre quando o sujeito ativo é consumidor pessoa física e o sujeito passivo é microempresa ou empresa de pequeno porte há uma dupla vulnerabilidade jurídica os litigantes.

Esta dupla vulnerabilidade jurídica dos litigantes deve ser levada em consideração na aplicação da Lei 9.099/95, de modo a assegurar a vigência dos postulados de segurança jurídica e justiça.

Esta dupla vulnerabilidade jurídica dos litigantes acarreta uma série de consequências jurídicas para a relação entre litigantes com dupla vulnerabilidade jurídica no âmbito dos juizados especiais cíveis.

Algumas das consequências jurídicas são: (1) a única hipótese de inversão do ônus da prova é a verossimilhança das alegações do consumidor; (2) os órgãos judiciários e administrativos devem estimular a consensualidade na solução de litígios; (3) não se aplica a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica; (4) o acesso ao mercado de consumo deve harmonizar os interesses de consumidor e empresa de pequeno porte.

Estas consequências jurídicas traduzem o equilíbrio processual entre os litigantes, sem representar ofensa aos direitos básicos do consumidor, de modo que há harmonização de interesses jurídicos, não privilégios para qualquer das partes.

#### Referências.

BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm), acessado em 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm), acessado em 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. LEI nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm), acessado em 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm), acessado em 12 dez. 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.



## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO SOB A PERSPECTIVA DO DIÁLOGO DAS FONTES.**

Fernanda Castro Braga<sup>176</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O instituto da responsabilidade civil; 3. A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor; 4. A responsabilidade civil do profissional liberal; 5. Teoria do Risco; 6. Diálogo das fontes; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

### **Resumo**

Este trabalho versa sobre a responsabilidade civil dos profissionais liberais a partir da perspectiva oferecida pelo diálogo das fontes. Sob a teoria de Erik Jayme, analisaremos a devida interpretação que deve ser dada ao dispositivo legal trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, §4º, em confronto com o art. 927 do Código Civil. Ambos tratam do referido tema, trazendo um conflito aparente entre as duas normas, ao qual esta pesquisa pretende elucidar conforme o entendimento de autores renomados sobre a citada teoria. Através de uma maior compreensão das vicissitudes que permeiam este assunto, o objetivo é averiguar se, de fato, a interpretação do dispositivo trazido pelo CDC deve se dar de forma estrita, atribuindo sempre ao profissional liberal a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, aquela que depende de culpa.

O estudo a ser desenvolvido objetiva traçar conceitos acerca das relações de consumo e do papel de *fornecedor* assumido pelo profissional liberal, e um breve panorama sobre os principais preceitos do estudo da Responsabilidade Civil no Direito brasileiro. A partir desta linearidade, será possível adentrar na temática da responsabilidade civil nas

---

<sup>176</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Advogada - Email: [fernandabraga@id.uff.br](mailto:fernandabraga@id.uff.br)

relações de consumo, buscando discutir quais dispositivos legais devem ser aplicados, frente aos casos concretos.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Profissional liberal. Diálogo das fontes.

### **Abstract**

This paper deals with civil liability of independent professionals under the perspective of the “Diálogo das Fontes” theory. Starting from Erik Jayme’s theory, the objective is to analyze the correct interpretation that must be given to the legal provision established by the Brazilian’s Consumer Defense Code, on its article 14th, paragraph 4th, opposing the article 927th, of the Brazilian’s Civil Code. Both of the legislations deal with this topic, apparently building a conflict between the two provisions, which this paper intended to elucidate by Claudia’s perceptions of Erik’s theory. Through a different comprehension of all the peculiarities of this subject, the intention is to check if, indeed, the interpretation given by the CDC should be applied restrictively, establishing that the independent professionals will always respond subjectively, which means that they will respond based on their guilt.

From start, is necessary to emphasize on some concepts that are involved on consumerism relations, clarifying the idea of an independent professional as a provider (fornecedor, in Portuguese). It’s also important to take a brief overview on Brazilian’s law, and through that line, it might be able to go deep in the topic of civil liability between consumerism relations and to check which of the legal provisions must be applied to this portion of providers.

**Key words:** Civil liability. Independent professional. Diálogo das Fontes theory.

## 1. Introdução

De início, é necessário compreender o papel assumido pelo profissional liberal enquanto parte integrante da relação de consumo, assumindo a figura que o Código de Defesa do Consumidor chama de *fornecedor*. Posteriormente, é necessário recapitular brevemente alguns conceitos acerca do instituto da Responsabilidade Civil no Direito brasileiro, para, então, avançar nas discussões que permeiam a seara em destaque. Somente após conceituar tais questões será possível adentrar no âmbito que é objeto desta pesquisa e discutir quais dispositivos legais devem ser aplicados, frente aos casos concretos.

Neste sentido, é necessário lembrar que a legislação brasileira, ao desenvolver o microsistema do CDC, ainda que não tenha expressamente definido o que seria uma relação de consumo, preocupou-se em conceituar seus componentes. O legislador positivou seus participantes nas figuras de *fornecedor* e *consumidor*, de modo que a partir deles é possível definir o que seria tal relação e compreender como ela se desenvolve, essencialmente, a partir de elementos subjetivos, objetivos e finalísticos.

Os elementos subjetivos da relação de consumo – grande enfoque deste trabalho – são definidos pelas duas figuras supramencionadas, em que o fornecedor vem conceituado expressamente no art. 3º, do CDC, *in verbis*:

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

Deste modo, o profissional liberal enquanto fornecedor será aquele que exerce atividade econômica dotada de profissionalismo, habitualidade e remuneração, que podem também ser abrangidos pelas figuras assim consideradas por equiparação, embora a codificação consumerista não as tenha trazido expressamente. O principal defensor da

conceituação, de “fornecedores por equiparação”, é o doutrinador Leonardo Roscoe Bessa, que assim fundamenta seu ponto de vista:

(...) aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor (aquele que tem seus dados cadastrados como mau pagador e não efetuou sequer uma compra) ou a um grupo de consumidores (por exemplo, um grupo formado por uma relação de consumo principal, como a de seguro de vida em grupo organizado pelo empregador e pago por este), como se fornecedor fosse (comunica registro no banco de dados, comunica que é estipulante nos seguro de vida em grupo, etc.<sup>177</sup>

Ao se analisar, portanto, a definição de profissional liberal trazida pelo art. 12, inciso V, alínea h, da Lei 8.212/91 (Lei da Seguridade Social), não resta dúvida que esta classe se associa àquela de fornecedor. Neste sentido, é possível afirmar, ainda, que o trabalhador autônomo é aquele que presta seus serviços com habitualidade e assumindo todos os riscos de sua atividade, a qual também é exercida por conta própria.

É perceptível, portanto, a ótica contratual do consumo é permeada de peculiaridades, pois esta relação contratual não surge abruptamente, em especial no universo dos profissionais liberais, seara em que há ainda maior complexidade. A formação deste vínculo se prolonga no tempo, de forma que há deveres que se estendem desde a fase pré-contratual até após findado o contrato. Clóvis do Couto e Silva escreveu sobre esta questão:

Existem várias fases na formação de uma obrigação contratual, que se ligam através de um vínculo de interdependência; os atos que compõem uma obrigação apresentam-se e desenvolvem-se de modo

---

<sup>177</sup> ROSCOE, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág. 83.

gradativo e sequencial, de forma que todos eles buscam um fim. E é esta finalidade que encerra a ideia de *obrigação como processo*. Sendo assim, os mesmos deveres que existem na fase da contratação, também *estão presentes na fase precontratual* e na fase póscontratual, gerando responsabilização acaso sejam violados.<sup>178</sup>

## 2. O instituto da Responsabilidade Civil

Pode se dizer que a Responsabilidade Civil é uma espécie de sombra da obrigação, pois está diretamente relacionada à eventual lesão de direito que decorre de uma relação obrigacional. Esta lesão, por sua vez, vem expressa pelo art. 186 do Código Civil, pelo qual se determina que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. Deste modo, a definição de ato ilícito dada pelo dispositivo muito influi na formação deste instituto, a partir da ideia de que é justamente da lesão que nasce a responsabilidade.

Ao serem analisados os elementos que configuram a Responsabilidade Civil, a saber: *ação, dano, nexo causal e culpa*, chega-se a classificação principal deste instituto, que o divide entre a *Responsabilidade Civil Objetiva* e a *Responsabilidade Civil Subjetiva*. A distinção entre elas se dá justamente pela presença, ou não, do elemento culpa, de forma que, se houver culpa, caberá a aplicação daquela considerada subjetiva, e se não houver, cabe aplicar a Responsabilidade Civil Objetiva, pois esta última independe de culpa do agente.

Nesse sentido, o instituto em análise desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarado como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável, ora encarado como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

---

<sup>178</sup> SILVA, Clovis Do Couto. *A obrigação como Processo*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006, pág. 81.

Feitas as discussões preliminares sobre a figura do fornecedor e o instituto da Responsabilidade Civil, é possível partir para uma reflexão mais específica acerca dos limites que envolvem a responsabilização do profissional liberal. Partindo das perspectivas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, será possível alcançar um diálogo entre as codificações. Juntamente com o entendimento de doutrinadores já consolidados no Direito Civil brasileiro, será alcançado o objetivo de definir quais dispositivos legais devem ser aplicados frente aos casos concretos.

### **3. A Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**

O tratamento dado à Responsabilidade Civil pelo CDC, por sua vez, merece especial atenção, uma vez que a referida codificação optou por uma técnica legislativa diferenciada ao tratar da responsabilidade sob três vertentes: *i) pelo fato do produto; ii) pelo fato do serviço; e iii) pelos vícios do produto ou serviço*, sejam eles *extrínsecos* ou *intrínsecos*.

O fato do produto e de serviço tratam da responsabilidade pelos acidentes de consumo, o que quer dizer que não importa a origem do fato, mas sim a localização humana de seu resultado, de modo que ocorrerá acidente de consumo sempre que se tratar de dano ao consumidor do produto ou serviço, seja de que natureza for. Sergio Cavalieri salienta:

Neste art. 931 do novo Código Civil, portanto, temos responsabilidade pelo fato do produto, tal como prevista no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. E o que dispõe aquele artigo? Diz que o fornecedor responde pelo dano causado pelo defeito do produto e não pelo mero risco de tê-lo colocado em circulação. Esse, em meu entender, é também o sentido do art. 931 do novo Código Civil. O empresário, individual ou empresa, responde pelo dano causado pelo defeito do

seu produto, e não pelo mero fato de ter lançado no mercado produto perigoso<sup>179</sup>.

Nesse sentido, o fornecedor será responsável pelo dano que causar ao consumidor que adquiriu dele certo produto ou contratou determinado serviço, de forma que a intensidade deste dano irá depender estritamente daquele que o sofre. Assim, é necessário analisar com cautela a redação do art. 14, CDC:

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

(...)

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

Ao trazer a expressão “independentemente da existência de culpa”, no caput do art. 14 o legislador afirma que o fornecedor, via de regra, responderá objetivamente pelos danos causados ao consumidor, mesmo sem que tenha corroborado para a existência do dano com culpa. Entretanto, o §4º do mesmo artigo traz uma exceção, que seria, efetivamente, a hipótese de ser o fornecedor um profissional liberal, situação específica em que este deverá responder de forma subjetiva, mediante a aferição de culpa por sua parte.

Conclui-se, então, que, a partir do que vem expresso pelo Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor deve indenizar o consumidor nos limites impostos pela Responsabilidade Civil Objetiva, exceto nas hipóteses em que este papel for exercido pelo profissional liberal – que é o objeto deste estudo -, em que será aferida a culpa do

---

<sup>179</sup> CAVALIERI, Sergio. *Responsabilidade Civil no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.6, n. 24, 2003, pág. 45.

mesmo, mediante os parâmetros da Responsabilidade Civil Subjetiva. Cumpre agora analisar aquilo que vem disposto pelo Código Civil, para que seja possível analisar as duas codificações sob a ótica do Diálogo das Fontes.

#### **4. A Responsabilidade Civil do profissional liberal no Código Civil**

Segundo Zelmo Danari<sup>180</sup>, um dos autores participantes do anteprojeto do CDC, a diferença de tratamento dada pela codificação consumerista ao profissional liberal deve-se à natureza *intuitu personae* dos serviços prestados por esta categoria de trabalhadores, pois, normalmente, são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Desta forma, os profissionais liberais somente seriam responsabilizados por danos quando aferida a ocorrência de culpa, em quaisquer de suas modalidades: *negligência*, *imprudência* ou *imperícia*.

Entretanto, o Código Civil brasileiro dispõe, aparentemente, em sentido contrário, quando observada a redação de seu art. 927, em que se tem expresso o seguinte:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Analisando atentamente esse dispositivo, percebe-se a opção do legislador em especificar as hipóteses de responsabilização independente de culpa, de forma que, a partir desta leitura, a conclusão alcançada seria no sentido de que tanto o dispositivo em comento quanto o art. 14 do CDC estariam legislando sobre uma mesma temática. A discussão cabível, no entanto, residiria em qual codificação aplicar mediante o caso concreto, o que boa parte da doutrina brasileira entende como sendo cabível o Código

---

<sup>180</sup> Zelmo Danari é graduado em Ciências Jurídicas pela USP. O autor possui especializações em Direito Tributário e Direito do Consumidor, tendo, inclusive, participado no anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor.



de Defesa do Consumidor, no tocante às relações de consumo, justamente por ser lei especial. Com este entendimento, dispõe Cavalieri:

O intérprete menos avisado poderia visualizar um *bis in idem* entre o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil e o art. 14 do Código do Consumidor, mas, na realidade, isso não ocorre. As duas normas disciplinam matéria idêntica, não há dúvida, mas cada qual em sua área. (...) Se estivermos em face de uma relação de consumo, vamos continuar aplicando o art. 14 do CDC, porque é a lei específica, própria, especial. Não havendo relação de consumo, poderemos e deveremos aplicar, agora, a regra do art. 927, parágrafo único, norma esta mais abrangente do que a norma do art. 14 do Código do Consumidor.<sup>181</sup>

Contudo, este estudo ousa discordar do renomado doutrinador, pois não se pode dizer que a redação proposta pelo legislador do Código Civil tenha tido a intenção de se referir apenas aos casos em que não se figura uma relação de consumo. Tampouco se pode afirmar que o fato de ter sido promulgada lei especial consumerista implica em sua aplicação estrita às relações de consumo. A referida codificação, como seu próprio art. 1º delimita, “*estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.*”. As remissões aos artigos da Constituição ressaltam a ideia de que o CDC não teve por objetivo meramente tutelar as relações de consumo, mas sim exercer uma proteção prevista no rol de direitos fundamentais da Carta Magna.

A amplitude de aplicabilidade da legislação consumerista é evidente, ainda, no tocante às ações coletivas, como exprime seu Capítulo II, que é destinado às ações coletivas

---

<sup>181</sup> CAVALIERI, Sergio. *Responsabilidade Civil no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.6, n. 24, 2003, pág. 44.

para defesa de interesses individuais homogêneos. Novamente, frise-se, não há restrição às demandas de matéria de Direito do Consumidor.

Isto posto, é necessário atentar para o fato de que a exceção trazida pelo art. 14, §4º do CDC deve ser observada com cautela. Traçando um paralelo entre as duas legislações, de fato, é necessário distinguir o tipo de obrigação contratual estabelecido entre as partes, mas ao mesmo tempo é necessário ir um pouco além do que a mera classificação entre ser esta uma relação de consumo ou não. Como exemplo disto, temos o constante debate acerca das obrigações contratuais dos profissionais liberais, que, via de regra, são consideradas, ainda, como as chamadas obrigações de *meio*, sendo suficiente a atuação técnica do profissional para alcançar o resultado esperado. No entanto, esta premissa não é a regra, pois há hipóteses em que esta obrigação, na verdade, se perfaz em forma de uma obrigação de *resultado*, ao passo em que se torna necessário obter determinado objetivo para que o contrato seja considerado cumprido, e não apenas mero uso das técnicas do profissional.

À guisa exemplificativa, tem-se um procedimento estético de um cirurgião plástico em comparação a um tratamento médico neurológico. Ao procurar o cirurgião plástico, a intenção do indivíduo é justamente atrelada ao resultado que ele pode oferecer, não apenas às técnicas que serão empreendidas neste intento. A obrigação está, justamente, na obtenção do resultado esperando pelo paciente que procurou o profissional. Por outro lado, ao se usufruir de um tratamento médico neurológico o paciente não busca um resultado-fim, mas o auxílio de um profissional do ramo para *tentar resolver* determinado problema que lhe acomete. Nesta última, o obrigado se compromete apenas a utilizar todos os meios e instrumentos que lhe são disponíveis, visando atingir determinado resultado, mas ao mesmo tempo sem se comprometer com a realização do mesmo. O exemplo em comento se assemelha à figura do advogado enquanto profissional liberal contratado por um cliente, tal qual expõe Flávia Viveiros de Castro em seu artigo “A responsabilidade civil do advogado à luz do CDC”:

De acordo com ANTONIO MENEZES CORDEIRO “*a obrigação é um pequeno sistema que unifica, em torno de um ponto de vista unitário, as diversas prestações.*” Tem-se, dessa forma, uma prestação principal, que é de meio, já que o advogado, ao menos, no chamado contencioso, não pode garantir o resultado final do processo, ao redor da qual gravitam as prestações secundárias, que corporificam deveres acessórios de conduta, os quais originam-se do próprio ordenamento jurídico como um todo, tendo como função a defesa de determinados valores e a prevenção de danos, que representam obrigações paralelas de resultado.<sup>182</sup>

O professor Flávio Tartuce, dentre outros grandes nomes do Direito brasileiro, também se posiciona contrariamente ao entendimento majoritário, sustentando que “*aqueles que assumem obrigação de resultado respondem independentemente de culpa (responsabilidade civil objetiva)*”<sup>183</sup>. A discussão não se esgota.

Como visto acima, a questão da Responsabilidade Civil dos profissionais é bastante discutida na doutrina, mesmo já tendo o STJ manifestado entendimento no sentido de que a obrigação de resultado implica em responsabilidade subjetiva com culpa presumida. Esta pesquisa objetiva sustentar, no entanto, uma terceira saída para a encruzilhada de posicionamentos e interpretações legais aqui anteriormente exposta, já que as correntes trabalhadas não se fazem suficientes para esgotamento do tema. Analisando a diferenciação trazida pelo Art. 927, do Código Civil, a estratégia seria superar a discussão acerca das obrigações e adentrar na questão do *risco*, também elencada pelo parágrafo único do artigo em comento.

## 5. Teoria do Risco

---

<sup>182</sup> VIVEIROS, Flavia. *A responsabilidade civil do advogado à luz do CDC – Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pág. 370.

<sup>183</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - série concursos públicos. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. V. 2*. São Paulo: Editora Método, 2008, pág. 514.

O Código Civil de 2002 recepcionou a ideia da Responsabilidade Objetiva com fundamento na Teoria do Risco, que visa a reparação de todo e qualquer dano, independentemente de sua causa, e tendo por base apenas sua ocorrência. Esta teoria é fruto do pensamento de que se alguém exerce uma atividade que, por si só, cria riscos e perigos especiais, peculiares, deveria responder pelos danos que causar a outrem.

Segundo a questão pioneiramente levantada por Raymond Saleilles e Louis Josserand no séc. XIX, a fundamentação da Responsabilidade Objetiva está na atividade exercida pelo agente, e no perigo que ele pode causar a outrem através dela. Seja o risco de dano à vida, à saúde ou a outros bens, o foco está no conceito de fortuito interno, ou seja, aquele que é inerente, que integra os riscos próprios da atividade, havendo estrita necessidade de reparação dos danos por eles causados.

Com relação a esta matéria, ainda que o Art. 927, do CC, não expresse nenhuma distinção, a doutrina divide o risco em algumas espécies: *i) risco proveito* - responsabiliza aquele que busca tirar proveito econômico da atividade danosa, baseando-se no preceito de quem aufere o bônus, deve suportar o ônus (*ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*); *ii) risco profissional* - em que o dever de indenizar ocorre sempre que o fato prejudicial decorrer de atividade ou profissão do lesado, sendo esta a hipótese que justifica a reparação dos acidentes de trabalho; *iii) risco excepcional* - há necessidade de reparação quando o dano for consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade; *iv) risco criado* - ocorre quando aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo inerente a ela, devendo reparar o dano que causar, salvo prova de haver procedido com todas as medidas cabíveis para evitá-lo.

Há, ainda, a Teoria do Risco Integral, considerada uma modalidade extrema da Teoria do Risco, em que o agente se obriga a reparar o dano causado até quando inexistente o nexo causal, ou seja, o dever de indenizar surge tão somente em face do dano, ainda que oriundo de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Após esta breve explanação acerca dos pormenores da Teoria do Risco e suas implicações, é necessário abordar que o artigo da codificação civil em comento, ao tratar desta temática, abre o campo de interpretação sobre a Responsabilidade Civil do profissional liberal. Com base nessa teoria, o profissional liberal não poderia ser genericamente responsabilizado de forma subjetiva, conforme exprime o Art. 14 do CDC, nem tão pouco visto apenas como hipótese de responsabilização subjetiva com culpa presumida, conforme defendo por Sergio Cavalieri. Ainda que se faça a análise do tipo obrigacional envolvido, não é possível meramente concluir tal tópico com a precisão de uma regra absoluta e preestabelecida.

A solução encontrada, portanto, é a de que a responsabilização do profissional liberal deverá ser aferida mediante o tipo de atividade que ele exerce, de modo que se esta for considerada, em sua natureza, perigosa e dotada de riscos, o autor do dano gerado deverá responder objetivamente. Neste sentido, percebe-se que o Art. 927 do Código Civil prevê, então, que a Responsabilidade Objetiva deve ser enquadrada nos casos previstos em lei, ou, ainda, nas hipóteses de atividades com maior propensão a acidentes. Inclusive, segundo originariamente proposto por Saleilles, a premissa da responsabilidade pelo fato da coisa é de se que o proprietário tem o interesse e proveito em assumir tal atividade, tem de assumir os riscos dela decorrentes, suportando-os.

O foco, aqui, está na ideia de que a atividade perigosa assumida pelo profissional liberal deve gerar para ele responsabilizações face aos danos que, simplesmente por características inerentes a ela, pode causar a outrem. Isto, segundo Jossierand - quem ampliou ainda mais a proposta de Saleilles - é o que se define pela ideia de *risco criado*, que se baseia, inclusive, na questão do proveito econômico. Segundo o autor, é mais equitativo que responda pelo dano aquele que se beneficia do risco criado pela coisa ou atividade, principalmente quando avaliada a questão da voluntariedade em se assumir o risco no momento de elaboração do contrato.

Portanto, já é possível concluir que a responsabilidade subjetiva do profissional liberal expressa pelo Código de Defesa do Consumidor teria, então, presunção relativa, ao

passo que tal discussão, na prática, acaba sendo um pouco mais profunda. Deve-se abarcar não somente as considerações acerca do tipo de relação contratual, ou, ainda, a distinção entre obrigações de meio e de resultado, mas também os riscos envolvidos pela atividade. Corroborando com este entendimento, e com base na aclamada teoria de Erik Jayme, que será discutida em seguida, se poderá verificar que há de ser feita uma interpretação correlata e dialogada entre os dispositivos trazidos pelo CDC e pelo CC, a fim de que seja preservado outro princípio fundante da codificação consumerista: a vulnerabilidade do consumidor.

## **6. Diálogo das fontes**

Diante da aparente disparidade entre ambos os dispositivos aqui citados, seja do Código de Defesa do Consumidor ou da codificação civil, deve-se buscar a aplicação do que se apresenta de forma mais benéfica àquele que mais está sujeito ao possível dano provocado pelo profissional liberal: o consumidor. A partir do princípio da vulnerabilidade, trazido pelo art. 4º, inciso I, do CDC, e com base na interessante teoria proposta por Erik Jayme, será possível concluir o objeto desta pesquisa em conformidade com a proteção garantida ao consumidor no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal.

O autor em comento sustenta o que seria o *diálogo das fontes*, ou seja, um modelo de coexistência e aplicação simultânea e coerente tanto do CDC, quanto do Código Civil de 2002, além de abarcar eventuais legislações especiais. Isto porque, conforme defendido por ele, um direito com uma vasta pluralidade de fontes normativas deve ser compreendido sob uma coordenação entre elas, para que se obtenha um sistema jurídico eficiente e justo. A escolha pela expressão “diálogo” visa, justamente, exprimir a necessidade de que haja influências recíprocas entre os sistemas legais, ou seja, uma verdadeira aplicação conjunta das normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso concreto.

Claudia Lima Marques – grande pioneira na incorporação do Diálogo das Fontes ao sistema jurídico brasileiro – irá comentar a teoria proposta por Erik Jayme com base numa crítica ao que seria denominado “conflito de leis”, que ocorreria na hipótese de

duas leis dispuserem sobre uma mesma matéria. A grande problemática de encarar esta questão enquanto conflito, como sustenta a autora, está na ideia da necessidade de aplicação de apenas uma delas como solução da celeuma. Ela defenderá, portanto, que não há necessidade de prevalência de uma lei em detrimento da outra, ou pior, da consequente exclusão daquele que não for aplicado do sistema jurídico. A doutrinadora irá defender, então, a harmonia e a coordenação entre as normas que integram o ordenamento jurídico, de forma flexível e útil, corroborando com o entendimento de Erik Jayme.

Tratando especificamente do diálogo entre o CDC e o CC, como questionado acima, é importante observar que a própria Constituição Federal propôs a elaboração de legislação especial para a matéria consumerista ao declarar o consumidor um indivíduo vulnerável por definição. Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em conjunto com o Código Civil, pois as duas codificações foram idealizadas, majoritariamente, com diferentes objetivos e para distintas áreas de atuação. Enquanto o CDC se concentra no sujeito de direitos, o Código Civil objetiva tutelar as relações entre iguais, entre os “civis”. Enquanto o primeiro se trata de um código de *proteção*, como o próprio nome diz, o segundo é, na verdade, um código *central e para iguais*.

Claudia Lima Marques irá concluir no sentido de que há três importantes possibilidades de coordenação entre fontes jurídicas aparentemente conflituosas, como forma de mostrar que, de fato, a solução para o suposto confronto entre estas leis é o *diálogo*:

Em minha visão atual, três são os tipos de “diálogo” possíveis entre essas duas importantíssimas leis da vida privada: 1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microsistema específico, não completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade; 2) na

aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), a indicar aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente; 3) ainda há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do Código Civil, uma vez que esta lei vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si – no caso de dois fornecedores, trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante - , ou, como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (direito dos juízes), alçadas de uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática).<sup>184</sup>

Como o próprio Flávio Tartuce sustenta, são inegáveis os infinitos benefícios trazidos por essa teoria, pois, nas palavras do professor, “*a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico). Realmente, esse será o seu papel no futuro*” (TARTUCE, Flávio; 2012). Desta forma, conclui-se que há um grande sentido de complementariedade entre as normas estabelecidas no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor, ainda mais no tocante às matérias de Direito Contratual e Responsabilidade Civil.

---

<sup>184</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág. 135.



A teoria do Diálogo das Fontes encontra previsão legal no próprio CDC, em seu art. 7º, em que o legislador optou por determinar, *in verbis*:

Art. 7º. Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Assim, o referido dispositivo prevê que as leis expressas nessa codificação não devem ser interpretadas de forma literal e isolada, mas, ao contrário, devem refletir e materializar os fins sociais a que elas se dirigem, conforme também trazido pelo art. 5º, da LINDB. Assim, com fulcro nestes dois artigos, é possível concluir que sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá ser acrescida ao microsistema do CDC, sendo incorporada nesta tutela especial.

Esse pensamento, então, faz com que não restem mais dúvidas quanto à responsabilização dos profissionais liberais no ordenamento jurídico brasileiro: com fulcro na cominação dos artigos 14, §4º, do CDC e 927, parágrafo único, do CC, o profissional liberal responderá pelos danos causados a outrem, via de regra, independentemente de culpa. No entanto, quando a obrigação contratual envolver atividade perigosa, ou seja, dotada de riscos inerentes, este responderá objetivamente. Isto deve ser aplicado e observado, precipuamente, mediante a avaliação do caso concreto e de suas especificidades, como já abordado acima, avaliando-se o tipo de relação presente, o tipo de obrigação envolvida e, mais ainda, o risco envolvido na contratação. Insta salientar, ainda, que acima de qualquer diferenciação doutrinária, deve-se trazer à memória o princípio mor do Direito do Consumidor, qual seja o de proteção à parte mais vulnerável, assim caracterizada por definição: o consumidor.

## **7. Considerações finais**

Tendo em vista o aqui exposto, ao se analisar a responsabilidade civil dos profissionais liberais nas relações de consumo, é preciso compreender todas as vicissitudes que isto pode abarcar. A priori, ao se observar o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, tem-se a percepção de que os fornecedores autônomos deverão sempre responder de forma subjetiva. No entanto, ao avançar no tratamento dado pelo Código Civil, em seu art. 927, será possível perceber que esta aplicação nem sempre será a regra, pois o dispositivo revela especificidades que devem ser consideradas frente ao caso concreto.

Desta forma, reafirmo e corroboro com o entendimento de que a responsabilidade subjetiva do profissional liberal, na verdade, possui presunção meramente relativa, podendo ser apenas considerada como cláusula geral, devendo os casos específicos de atividades perigosas consideradas de forma diferenciada. Inobstante a discussão acerca das obrigações de meio e de resultado, o ponto crucial está no tipo de atividade exercido pelo gerador do dano. Isto implica dizer que, mediante análise minuciosa do caso concreto, é possível que o fornecedor responda de forma objetiva quando sua atividade for caracterizada por riscos inerentes, apresentando perigo direto de dano ao consumidor.

Para além disso, insisto em concordar com a teoria trazida pela autora Claudia Lima Marques, e defendo juntamente com ela que o modelo jurídico consumerista brasileiro deve ser considerado *sui generis*, porque se baseia em uma coordenação entre as codificações civil e consumerista. O próprio Direito do Consumidor em si é direito fundamental trazido pela Constituição, enquanto que a codificação civil traz apenas a palavra “consumo” e nada faz menção aos consumidores. Isto significa dizer que, embora muitos assim defendam, o Código de Defesa do Consumidor não foi incorporado na codificação civil, mas trata-se, na verdade, de mais uma fonte do Direito Privado brasileiro. Neste sentido, a solução para os aparentes conflitos entre as leis não deve caminhar no sentido de formular nova hierarquia entre elas, mas sim estabelecer uma espécie de diálogo entre as mesmas.

Ao realizar uma análise minuciosa entre as duas codificações, foi possível perceber que, de fato, há significativas diferenças entre os dois sistemas e que tais divergências decorrem de suas formas de aplicabilidade mediante o foco jurídico ao qual foram direcionados. No entanto, a informação que mais se destaca nesta comparação acaba sendo o fato inquestionável de que o Código Civil não só aparenta ter sido mais específico quanto à matéria de responsabilidade civil do profissional liberal, quanto acaba sendo também mais benéfico ao consumidor. A codificação geral, de forma dialogada, se torna, portanto, mais eficiente no tocante a este instituto do que puramente o microsistema que fora constituído com a finalidade de tutelar os direitos da parte mais vulnerável das relações de consumo.

É, no mínimo, curioso que o Código de Defesa do Consumidor acabe por beneficiar o profissional liberal, enquanto fornecedor, em detrimento do próprio consumidor, ainda que minimamente. Esta percepção em muito influencia na maneira como as relações de consumo são compreendidas, e mais, tem grande reflexo nas cada vez mais crescentes demandas judiciais consumeristas em nossa sociedade.

Dessa forma, sendo o consumidor, por definição, a parte mais vulnerável da relação de consumo, lhe seria sempre mais benéfico que a responsabilidade civil do profissional liberal fosse objetiva, o que acaba sendo mais abrangente na previsão do Código Civil em comunicação com a do Código de Defesa do consumidor. Este microsistema, ainda que de grande valia para o Direito brasileiro, no tocante à temática em comento, carece de complementação, que só poderá lhe ser dada, como aqui se sustenta, através de um real e verdadeiro diálogo entre as fontes.

Portanto, diante de toda a argumentação aqui exposta e em concordância com o entendimento proposto por Cláudia Lima Marques, concluo que não há real conflito entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990. Inclusive, no tocante à responsabilidade civil do profissional liberal nas relações de consumo, não há que se falar em controvérsia, pois através de um diálogo entre as duas fontes, é possível perceber que ambas de complementam e preenchem, mutuamente, lacunas uma

da outra. Assim, se tornou perceptível que o microsistema do CDC deve se comunicar com o Código Civil para que sua aplicação seja, de fato, abrangente e eficiente, o que demonstra ao alcançar o objetivo de beneficiar o próprio consumidor. A codificação civil, embora apenas alguns anos mais recente do que a legislação consumerista, apresenta uma perspectiva que reitera ainda mais a ideia basilar desta seara - e também com previsão expressa da Carta Magna - de que o consumidor seria, de fato, a parte mais vulnerável das relações de consumo, reforçando que, para além disto, ele mereceu receber especial tratamento do legislador.

### **Referências bibliográficas**

- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio H. V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016;
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - série concursos públicos. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. V. 2. São Paulo: Editora Método, 2008;
- SIMÕES, Alexandre Gazetta; DOS SANTOS, Cassia Mariane. *Responsabilidade civil do profissional liberal no âmbito do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em *Âmbito Jurídico*. Acesso em: 24/04/2017.
- NUNES, Franciene Rodrigues; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello. *Responsabilidade civil dos profissionais liberais segundo o código de defesa do consumidor*. Disponível em *Âmbito Jurídico*. Acesso em: 20/08/2017.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio H. V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – vol. 2 – Obrigações*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- SILVA, Clovis Do Couto. *A obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- FILHO, Sergio Cavalieri. *Responsabilidade Civil no Novo Código Civil – Revista da EMERJ*, v.6, n. 24, 2003.
- CASTRO, Flávia Viveiros de. *A responsabilidade civil do advogado à luz do CDC – Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 8 ed., 2008.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Volume Único. 2ª edição, revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

SILVA, Clovis Do Couto. *A obrigação como Processo*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006.

## **A QUALIDADE NO ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR COMO ESTRATÉGIA EMPRESARIAL DE CONQUISTA DE CLIENTELA E POTENCIAÇÃO DO AVIAMENTO.**

Lucas Oliveira da Costa Moreira<sup>185</sup>

Ruby Mothé Lêmos de Morais<sup>186</sup>

**SUMÁRIO.** 1 Introdução 2 Aviamento como atributo de valorização do estabelecimento Empresarial 3. Clientela como fator de maior influência sobre o aviamento 4. Qualidade no atendimento ao Cliente-Consumidor como diferencial competitivo 5. Qualidade no atendimento ao Cliente-Consumidor como prevenção a demandas judiciais 6. Conclusão

**RESUMO:** O empoderamento do consumidor e a crescente disputa concorrencial no mercado tem impulsionado a necessidade das empresas-fornecedoras em investirem, além de na qualidade do produto/serviço, também no atendimento ao cliente. A conquista de clientela demonstra-se essencial não apenas para a expansão das vendas e serviços, mas também pela potenciação do aviamento e conseqüente valorização do estabelecimento empresarial, de modo que o cumprimento da legislação consumerista demonstra-se proveitoso às próprias fornecedoras.

**Palavras-chave:** atendimento ao consumidor; clientela; aviamento.

**ABSTRACT:** Consumer empowerment and increasing competition in the market have driven the need for companies to invest not only in the quality of the products/services, but also in customer service. Customer growth is essential not only for an expansion of sales and services, but also for the goodwill of a trade and the raising business establishment rating, so that consumerist law enforcement becomes profitable to the companies themselves.

**Keywords:** customer service; clientele; goodwill of a trade.

---

<sup>185</sup> Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: [lucasomoreira@hotmail.com](mailto:lucasomoreira@hotmail.com).

<sup>186</sup> Bacharelada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: [rubbyamothe@outlook.com](mailto:rubbyamothe@outlook.com).

## **1 INTRODUÇÃO**

Durante os últimos anos tem-se solidificado uma nova conjuntura comercial: fortalecimento do Direito do Consumidor na jurisprudência, empoderamento progressivo dos consumidores, proliferação de novas empresas-fornecedoras e o inchaço de produtos e serviços semelhantes. Neste quadro, para além de proporcionar um produto ou serviço de qualidade, a empresa-fornecedora que pretende se modernizar e alcançar um diferencial competitivo deve entregar ainda valor e satisfação para o cliente melhor do que as concorrentes.

O investimento na qualidade do atendimento ao cliente demonstra-se, assim, uma das medidas empresariais que respondem da maneira mais oportuna aos anseios dos consumidores contemporâneos. Trata-se exatamente de uma disputa concorrencial focada no melhor tratamento ao cliente-consumidor, com objetivo de satisfazê-lo e fidelizá-lo pela excelência no atendimento. Neste âmbito, a conquista de clientela demonstra-se essencial à empresa-fornecedora não apenas para a expansão das vendas e serviços, mas também em virtude da influência direta que possui sobre a potenciação do aviamento e, conseqüentemente, na valorização do estabelecimento empresarial.

Deste modo, a relevância da qualidade no atendimento ao cliente-consumidor como conquista de clientela impulsiona a conveniência das fornecedoras em se cumprir com máxima disposição a legislação consumerista e a atribuir maior atenção ao relacionamento pacífico com o consumidor, uma vez que o foco das estratégias de mercado se concentra cada vez mais na satisfação do destinatário final dos produtos/serviços. O consumo e o Direito do Consumidor passam a demarcar com maior intensidade as melhores estratégias empresariais.

## **2 AVIAMENTO COMO ATRIBUTO DE VALORIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL**

O estabelecimento empresarial é um "complexo de bens materiais e imateriais, de múltipla variedade, conforme a natureza da atividade desenvolvida por seu titular"

(NEGRÃO, 2015, p. 111)<sup>187</sup>, "não se confundindo com a sociedade empresária (sujeito de direito), nem com a empresa (atividade econômica)" (COELHO, 2011, p. 115)<sup>188</sup>. O art. 1.142 do Código Civil brasileiro determina estabelecimento como "todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária", adotando, portanto, a interpretação de estabelecimento como universalidade de fato, uma vez que se trata justamente da "pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária", conforme disposto no art. 90.

Cada estabelecimento empresarial, de acordo com os elementos que o compõem (mercadorias, maquinaria, ponto, patentes de invenção, marca registrada, nome empresarial, título de estabelecimento, entre outros), possuem maior ou menor capacidade de gerar lucro, sendo o aviamento o resultado de todo este conjunto de fatores de ordem material ou imaterial que geram tal aptidão. No direito inglês, o aviamento é chamado de *goodwill of a trade* e definido como "*the value of a business establishment over and above its cash assets and material property*"<sup>189</sup> [o valor de um estabelecimento mercantil acima ou abaixo de seu ativo disponível e de seus bens materiais].

Existe larga divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica do aviamento, encontrando-se atualmente ramificada em quatro principais entendimentos: i) aviamento como elemento imaterial do estabelecimento; ii) aviamento como próprio estabelecimento empresarial; iii) aviamento como estabelecimento somado ao exercício da empresa; e iv) aviamento como atributo do estabelecimento empresarial. Esta última definição resta a mais acertada, sendo o aviamento um atributo do estabelecimento empresarial que está diretamente relacionado a sua disposição de gerar lucros.

Apesar do sobrevalor que agrega aos elementos do estabelecimento empresarial, o aviamento não constitui em si e por si objeto autônomo de direitos, suscetível de ser

---

<sup>187</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. v. 1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 111.

<sup>188</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

<sup>189</sup> *Webster's New Illustrated Dictionary*, Books, Inc., 1968.



alienado, ou dado em garantia, ou seja, não é elemento integrante do estabelecimento. Neste sentido, esclarece Oscar Barreto Filho: "o aviamento existe no estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem na pessoa humana, a velocidade no automóvel, a fertilidade no solo, constituindo qualidades incindíveis dos entes a que se referem" (1988, *apud* NEGRÃO, 2015, p. 112)<sup>190</sup>. Logo, "não se trata de um elemento que se possa isoladamente considerar como os demais que integram o estabelecimento empresarial, mas sim um atributo, que confere, entretanto, um valor econômico destacado" (MENDONÇA, 1919, *apud* CAMPINHO, 2010, p. 339)<sup>191</sup>. Pode-se dizer, por fim, que o aviamento corresponde ao potencial de todo o negócio, sendo capaz de valorizar (ou desvalorizar) o estabelecimento empresarial.

As iniciativas do empresário são os principais fatores responsáveis pelo bom resultado empresarial, correspondendo ao impulso original para a potenciação do aviamento. A escolha de ponto comercial em área estratégica, o treinamento de funcionários para a realização de bom atendimento, a observância aos Direitos do Consumidor, o oferecimento de produtos com boa qualidade e a ampla divulgação da marca são exemplos de medidas empresariais que, independentemente do valor real dos elementos materiais e imateriais, podem ampliar o aviamento e alavancar o valor total do estabelecimento empresarial.

### **3 CLIENTELA COMO FATOR DE MAIOR INFLUÊNCIA SOBRE O AVIAMENTO**

A clientela, um dos fatores que exerce influência sobre o aviamento, é o "conjunto de pessoas que, de fato, mantém com o estabelecimento relações continuadas de procura de bens e serviços" (BARRETO FILHO, 1988, p. 178)<sup>192</sup>. Não corresponde ao usuário esporádico, mas àquele que possui especial relação regular com o estabelecimento. Cabe pontuar que, embora haja discussões doutrinárias a respeito de eventuais

---

<sup>190</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. v. 1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 112.

<sup>191</sup> CAMPINHO, Sérgio. *O Direito da Empresa*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 339.

<sup>192</sup> BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 178.

distinções entre "cliente" e "freguês", a legislação brasileira emprega ambos os termos indistintamente ao se referir à clientela do empresário, sempre direcionados ao sentido apresentado.

O ordenamento jurídico estabelece proteção indireta à clientela através de algumas disposições legais: a Lei de Locação de Bens Imóveis (Lei nº 8.245/91) determina a indenização ao titular do estabelecimento quando, em razão da não renovação de contrato, desvalorize o fundo do comércio pela retirada do local onde se recebia a clientela (art. 52, §3º); a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) estabelece, por meio de direitos relacionados aos seus institutos, evidente repressão à concorrência desleal; e mesmo o Código Penal tutela o exercício da empresa e os estabelecimento empresarial (art. 202) contra atos de sabotagem. A proteção à clientela é de suma importância para a harmonização e sustento da ordem econômica, uma vez que o sucesso de cada negócio está diretamente a ela relacionado.

A clientela é, assim, o elemento para o qual constantemente se voltam as atenções do empresário, sendo dirigidos todos os esforços no aparelhamento do estabelecimento empresarial ao propósito de atrair clientes. Por outro lado, a clientela é ainda fator que exerce influência direta sobre o aviamento, atributo que valoriza o estabelecimento empresarial. Neste sentido, Oscar Barreto Filho explica que ora o aviamento é ação, ora a clientela é reação, e vice-versa, inexistindo relação de causa e efeito (1988, p. 180)<sup>193</sup>. Ao se ampliar o aviamento do estabelecimento empresarial – seja através do preço oferecido ou da variedade de produtos –, expande-se a propensão de preferência dos usuários de determinado produto ou serviço, de modo a propiciar o crescimento da clientela. Do mesmo modo, ao se expandir a clientela, potencializa-se o aviamento do estabelecimento empresarial e, conseqüentemente, o valor deste.

Deste modo, a clientela é imprescindível para a empresa se manter no mercado e está fundamentalmente associada aos objetivos de todas as medidas empresariais que visem a potencialização do aviamento. Qualquer estratégia empresarial que propicie efeitos negativos sobre a clientela, ainda que revestida de aparente investimento, está fadada a

---

<sup>193</sup> Ibidem, p. 180.

estreitar o aviamento e, conseqüentemente, desvalorizar o estabelecimento empresarial. Pode-se vislumbrar, por exemplo, que a redução de custos no treinamento dos funcionários para atendimento ao cliente poupará gastos do fundo de comércio, porém, em contrapartida, o aumento na insatisfação dos usuários e eventual redução de clientela afetarão diretamente o aviamento, que, por sua vez, pode vir a superar negativamente o valor economizado e causar a desvalorização do estabelecimento.

#### **4 QUALIDADE NO ATENDIMENTO AO CLIENTE-CONSUMIDOR COMO DIFERENCIAL COMPETITIVO**

A relevância da clientela para a expansão de vendas e serviços, bem como fator de valorização do estabelecimento empresarial através de sua grande influência sobre o aviamento, tem propulsionado o foco das estratégias de mercado menos para o produto/serviço e mais para o cliente. A concorrência que as empresas têm enfrentado na atualidade talvez seja a mais acirrada de todos os tempos, de maneira que torna-se indispensável dominar conhecimentos não apenas na construção de produtos, mas também no tratamento ao cliente. Neste sentido, para além de proporcionar um produto ou serviço de qualidade, deve-se entregar valor e satisfação para o cliente melhor do que os concorrentes.

Com o inchamento do mercado com produtos similares, o perfil dos clientes se adapta para o de usuários em busca de valores agregados e inovação, sendo valorizada cada vez mais a experiência da relação com o fornecedor. De acordo com uma pesquisa realizada em 2015, 60% dos consumidores globais tem maiores expectativas sobre atendimento ao cliente atualmente do que tinham há apenas 1 ano atrás e 62% pararam de fazer negócio com uma marca ou empresa por conta de uma experiência ruim de atendimento<sup>194</sup>. Outra pesquisa do mesmo ano averiguou que as empresas brasileiras, juntas, perderam cerca de 217 bilhões de dólares devido a clientes que migraram para a concorrência insatisfeitos com os serviços prestados<sup>195</sup>. Como relata Evert Gummesson,

---

<sup>194</sup> MICROSOFT. 2015 *Global State of Multichannel Customer Service Report*. 2015, p. 8.

<sup>195</sup> EXAME. MELO, Luísa. *Por atender mal, empresas perdem clientes e US\$ 217 bilhões*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/por-atender-mal-empresas-perdem-clientes-e-us-217-bilhoes/>>. Acesso em: 05 de setembro de 2017.

“os relacionamentos, as redes e a interação estão no centro dos negócios, e são fundamentais para que as empresas possam buscar satisfazer seus clientes e alcançar seus objetivos” (2010, p. 32)<sup>196</sup>.

As empresas que pretendem se modernizar terão que empregar maior atenção à qualidade no atendimento ao cliente, pois este tem sido motor de valorização de imagem da empresa no mercado e estímulo à confiança de seus usuários. Falhas na qualidade do produto ou atrasos na conclusão de serviços são contratempus que, embora inevitáveis em determinados casos, outrora eram considerados imperdoáveis por consumidores; neste novo quadro, de maneira distinta, o cliente tende a permanecer fiel à empresa quando esta, para além de cumprir os ditames legais, procura ainda, no momento em que as coisas ocorram de forma indevida, corrigir os erros com agilidade e, principalmente, demonstrar a redução da probabilidade de nova ocorrência. Ou seja, a capacidade de respostas das organizações no atendimento ao cliente demonstra-se essencial para o estímulo à credibilidade e, deste modo, um diferencial competitivo no mercado.

Prepondera-se neste cenário o benefício lucrativo de atender ao cliente-consumidor, pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou o serviço como destinatário final, não só em estrita conformidade com os ditames estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, mas como de forma ainda mais prestativa. Assim, a disputa de concorrência focada no tratamento ao cliente-consumidor, com objetivo de satisfazê-lo e fidelizá-lo pela excelência no atendimento, caminha para o impulso das fornecedoras a cumprir com máxima disposição o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, que reveste o atendimento digno ao consumidor.

No Brasil já é possível observar empresas que, apesar de novas no mercado, ganharam destaque pela forma como se relacionam com clientes-consumidores. A instituição financeira Nubank, mesmo sem nenhuma loja, agência ou quiosque físicos, se difundiu rapidamente entre jovens consumidores através de uma gama de estratégias inovadoras, dentre elas o atendimento diferenciado que inclui o envio de cartas escritas à mão,

---

<sup>196</sup> GUMMESSON, Evert. *Marketing de relacionamento total*. 3ª ed. São Paulo: Bookman, 2010, p. 32.

poemas, fotos, dicas de viagem e até presentes. Após um cliente entrar em contato muito irritado porque a compra de um sanduíche havia sido duplicada em seu cartão – um lanche pelo qual ele havia pago muito caro –, a empresa cancelou a cobrança duplicada e lhe enviou um pedido de desculpas manuscrito junto com uma sanduicheira, "para que ele não tivesse mais que pagar caro por um sanduíche". A atitude rendeu uma publicação do usuário em sua rede social, que elogiou o atendimento e garantiu: "(...) amanhã estarei na minha agência do banco laranja que escreve digital errado e vou cancelar minha conta"<sup>197</sup>. A estratégia da empresa, além de fidelizar o seu cliente, encorajou uma propaganda gratuita com mais de três mil compartilhamentos na rede social mais utilizada no país.

O treinamento de funcionários para a prestação de atendimento de qualidade tem se demonstrado praticamente condição à satisfação do cliente-consumidor, de modo que mesmo com produto, preço e *marketing* habilmente elaborados, a não ser que se complete o processo com um atendimento acertado e satisfatório para o cliente, há de se arriscar todo o negócio. Além disso, o oferecimento de um atendimento de qualidade, para além de viabilizar com maior facilidade a venda do produto/serviço, proporciona a experiência de o cliente-consumidor indicar por conta própria a empresa-fornecedora a amigos e conhecidos, o que propicia, na ausência de maiores gastos em propaganda, o aumento da clientela do estabelecimento empresarial.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor atrelado à digitalização tornou-se marco fundamental do empoderamento do consumidor, cada vez mais consciente de sua vulnerabilidade, de sua hipossuficiência e de seus direitos, de modo que a compreensão do empresário brasileiro sobre as novas atitudes do consumidor pode definir diretamente o sucesso de sua empresa e o futuro de seu estabelecimento. O primeiro passo talvez seja justamente reconhecer o seu cliente não apenas como cliente na limitação do termo empresarial, mas também como consumidor e, portanto, sujeito a quem se destina a Lei nº 8.078/90, o tão mencionado código que dispõe sobre a

---

<sup>197</sup> EXAME. SALOMÃO, Karin. *100% digital, Nubank ganha fama pelo atendimento humanizado*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/100-digital-nubank-ganha-fama-pelo-atendimento-humanizado-2/>>. Acesso em: 06 de setembro 2017.

proteção do consumidor. A ideia, certamente, não é enxergar no cliente-consumidor a figura de um rival, nem no CDC uma arma contra si, mas, ao contrário, no cliente-consumidor um potencial colaborador na conquista de clientela, e no CDC o manual básico de como fidelizar o seu cliente.

A principal lição de atendimento de boa qualidade que pode ser extraída do CDC talvez seja a obrigação do fornecedor de informar e agir de acordo com a boa-fé objetiva. Passou-se o tempo em que o consumidor adquire produtos e serviços pela má e inconsciente escolha, enganando-se o fornecedor que omite informações adequadas para auferir lucros. O fornecedor que presta informações de maneira adequada, sendo franco durante toda a comunicação com o consumidor, além de proporcionar um conhecimento integral sobre seu produto ou serviço, está mais apto a proporcionar a confiança por parte deste, elemento indispensável a sua fidelização.

Além do princípio da boa-fé objetiva, o atendimento adequado se permeia pelo princípio da transparência, nas informações, esclarecimentos e condutas das partes. O princípio da transparência é representado pelos comportamentos entre os sujeitos de um contrato, pela lealdade e pela confiança recíproca, e também pela ausência de intenção lesiva. Neste sentido, a fornecedora até pode conseguir enganar o seu cliente-consumidor, mas sendo desmascarada a má-fé em momento posterior, rompe-se imediatamente a lealdade e confiança depositada pelo mesmo, o que ocasionará por parte do cliente-consumidor empoderado os esforços necessários para propaganda negativa.

É um erro associar o valor do cliente-consumidor exatamente àquele que está na nota fiscal, pois o valor das compras pode não compensar o quão mal ele irá falar de você assim que sair do estabelecimento. O consumidor pode ser um promotor – indica e elogia – ou um detrator – fala mal e contraindica. Entre um e outro, está o consumidor médio, que, de fato, representa apenas o valor da sua compra, já que não afasta nem atrai novos clientes. No entanto, um detrator pode anular todo o valor de um promotor.

A má qualidade no atendimento, o descaso diante da legislação consumerista ou mesmo o abuso quando não há outros concorrentes (é notório o descontentamento com

concessionárias de energia, por exemplo) são práticas que geram lucros – pela economia que representam ao se poupar treinamento de funcionários, cumprimento dos deveres de assistência técnica e troca de produtos, sofisticação dos meios de comunicação com o cliente, entre outros –, porém geram na mesma velocidade clientes detratores. Quando o foco de uma empresa é prestar um bom serviço ao seu cliente, investindo na experiência da relação com o mesmo, certamente ela gerará um bom número de clientes promotores e um mínimo de clientes neutros ou clientes detratores. Nesta linha, transformar um consumidor em promotor é o mesmo de transformá-lo em cliente, pois o mesmo deixa de ser eventual usuário para, de fato, manter com o estabelecimento relações continuadas de procura de bens e serviços; e, da mesma forma, transformar um usuário em cliente, quando este se dispõe a promover a empresa, significa expandir a clientela para além de apenas um cliente.

Difícilmente o atendimento será um fracasso se o cliente-consumidor for tratado ao menos com a dignidade exigida pelo CDC e pela Constituição Federal. Em verdade, estando no rol das garantias constitucionais, a proteção e a defesa do consumidor constituem uma cláusula pétrea, como dispõe o artigo 60, §4º, IV, da CRFB/88, de modo que a defesa do consumidor se torna princípio a ser obrigatoriamente observado nas atividades econômicas. Conforme ensina Nelson Nery Júnior, "o não atendimento ao comando de um princípio é a forma mais grave de inconstitucionalidade ou ilegalidade, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra" (1992, p. 44)<sup>198</sup>. Logo, a submissão a tais preceitos pelo fornecedor, bem como a não resistência a seu cumprimento, além de ensejar a satisfação do consumidor que tenderá a fazer parte de sua clientela, o consagra como apreciável cumpridor dos princípios constitucionais.

Uma vez que vantagens competitivas baseadas em produtos não tem mais surtido o mesmo efeito que antes, a nova maneira de agregar valor aos produtos ou serviços tem sido através do bom relacionamento com o cliente-consumidor, e a maneira como a

---

<sup>198</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista do Direito do Consumidor, nº 03. São Paulo, 1992, p. 44.

fornecedora trata seu consumidor de forma digna está diretamente ligada ao valor adicional que este destinatário final de seu produto/serviço tem buscado. Segundo João Manoel Mota, "valoriza-se, hoje, a figura da empresa cidadã, que se pauta não só pela qualidade, pela eficiência e pelo sucesso em seus negócios, mas também pelos valores da ética e do respeito com o cliente" (2008, p. 89)<sup>199</sup>.

O atendimento adequado ao cliente-consumidor empoderado já garante à fornecedora o respeito que merece como cumpridora do CDC e da Constituição Federal, mas tal atitude atrelada a estratégias de relacionamento que superam o mínimo legalmente exigido a diferencia da concorrência e certamente a beneficia pelo diferencial competitivo. Resolver o problema do consumidor com cordialidade, apesar de corresponder ao mínimo devido, é agradável ao consumidor, mas enviá-lo uma carta a mão com sinceras desculpas pode ser surpreendentemente encantador. A estratégia de conquista de clientela pela qualidade diferenciada no atendimento demonstra a conveniência na observância ao Código de Defesa do Consumidor e a relevância do tratamento digno ao cliente-consumidor para a valorização do respectivo estabelecimento empresarial.

## **5 QUALIDADE NO ATENDIMENTO AO CLIENTE-CONSUMIDOR COMO PREVENÇÃO A DEMANDAS JUDICIAIS**

O Judiciário brasileiro encontra-se abarrotado de demandas consumeristas devido à ineficiência das empresas-fornecedoras. Um estudo do Conselho Nacional de Justiça aponta que as ações relativas a Direito do Consumidor corresponderam a 13% dos assuntos de processos submetidos aos tribunais em 2016, sendo a indenização por dano moral o tipo de providência mais exigido nessas causas, objeto de 67% das demandas<sup>200</sup>. Os dados demonstram a indiferença de empresas-fornecedoras brasileiras com a estratégia de conquista de clientela pelo *marketing* de relacionamento e, portanto, o descompasso em face do novo cenário mercadológico, pautado não apenas pelo

---

<sup>199</sup> MOTA, João Manoel de Freitas. *Comunicação com o Cliente*. Recife: Livro Rápido, 2008, p. 89.

<sup>200</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017, p. 165-179.



interesse dos consumidores no produto/serviço de qualidade mas também no bom atendimento pelo fornecedor.

O consumidor que precisa recorrer à resolução judicial do conflito, desistindo de manter a comunicação direta com o fornecedor, corresponde ao ápice do cliente detrator. Conforme expõe Gummesson, "os relacionamentos não deveriam ser rompidos somente porque há algum conflito" (2010, p. 41)<sup>201</sup>; o fato de haver conflito não quer dizer que seja caro ou ineficiente manter um relacionamento com o consumidor, pelo contrário, através dele também é possível que a empresa-fornecedora descubra algumas falhas em seus processos, vindo a descobrir a solução adequada, e ainda fidelizar o seu consumidor pela demonstração do interesse na resolução pacífica de eventuais erros.

Quanto mais as empresas buscam satisfazer seus clientes pela construção de relacionamentos duradouros, agregando valor aos produtos e serviços oferecidos, menor a sua participação do polo passivo de demandas judiciais e maior a sustentabilidade dos negócios. Assim, ainda que ocorra eventuais vícios nos produtos ou na prestação dos serviços, quando a empresa-fornecedora atende de maneira devida aos preceitos do CDC por meio de uma relação apaziguadora, converte-se o descontentamento do consumidor em proveitosa satisfação. Persistir com indiferença no tratamento ao consumidor estagna as empresas-fornecedoras numa estratégia utilitarista e antiquada de resolução de conflitos pela via judicial, desconsiderando-se o diferencial competitivo no método de satisfação do consumidor e, inclusive, a tendência de responsabilização civil das fornecedoras pelo mau-atendimento.

### **5.1 Responsabilidade civil pelo mau-atendimento ao consumidor**

O despreparo na comunicação com o consumidor é uma das facetas da má prestação de serviço e a sua presença em grande escala no mercado brasileiro, na contramão da tendência mundial, tem motivado o reconhecimento pelos tribunais da responsabilidade civil pelo mau-atendimento ao consumidor. Certamente a constatação da importância do

---

<sup>201</sup> GUMMESSON, Evert. *Marketing de relacionamento total*. 3ª ed. São Paulo: Bookman, 2010, p. 32.

atendimento digno ao consumidor é reflexo da atualização do Judiciário e sua adequação às necessidades do consumidor moderno.

A simples necessidade de se acionar um SAC ou de se relatar uma reclamação certamente não ocasionam lesividade a valores tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, mesmo porque o ordenamento jurídico reconhece a possibilidade de eventuais falhas e proporciona ao fornecedor a possibilidade de corrigi-los por conta própria. Entretanto, a verificação da inconsistência estrutural dos canais de comunicação em face do pouco investimento do fornecedor, sobrepujando os direitos individuais homogêneos em detrimento da busca pelo lucro, configura descarado desrespeito aos consumidores.

Muitos são os questionamentos e protestos a respeito do tratamento inadequado nos atendimentos, violando, em várias oportunidades, direitos personalíssimos do consumidor, sobretudo aqueles com respaldo direto da dignidade da pessoa humana. O CDC, por sua vez, em seu artigo 6º, determina "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" ao consumidor. Sabe-se, neste sentido, que a proteção do consumidor supera a questão econômica, chegando à esfera privada do mesmo, de modo que tem sido cada vez mais considerado como direito básico do consumidor a indenização por danos morais em caso de desrespeito no atendimento.

Em 2013, a má qualidade no atendimento via sistema de *call center* chegou ao extremo de levar a óbito um consumidor hipertenso que foi obrigado a aguardar por mais de 45 minutos na linha telefônica, após 1 ano tentando cancelar a prestação do serviço oferecido por uma operadora de telefonia. A Turma Recursal que julgou o caso desviou da tese do mero aborrecimento, comum nos casos de demora no atendimento por *call center*, e reconheceu o direito a ressarcimento por danos morais à viúva:

RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA. MAU ATENDIMENTO. SISTEMA CALL CENTER. USUÁRIO HIPERTENSO. ÓBITO. NEXO CAUSAL E DANO COMPROVADOS. DANOS MORAIS RECONHECIDOS.

INDENIZAÇÃO FIXADA NO LIMITE MÁXIMO PERMITIDO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS (QUARENTA SALÁRIO MÍNIMOS). JUÍZO DE EQUIDADE. I – Nexo causal e dano. A autora, não obstante a propositura do pedido no balcão dos Juizados Especiais, isto é, sem acompanhamento técnico, por meio da juntada de certidão de óbito, faturas, testemunhas, laudo para solicitação de internação hospitalar, nota de internação do paciente, planilha de prescrição médica do paciente, planilha de evolução do paciente, exames laboratoriais, reclamação protocolada perante o PROCON e outros, logrou demonstrar o nexos de causalidade entre a conduta da ré (mau atendimento via sistema *call center*) e o falecimento de seu esposo, hipertenso que, há mais de ano, tentava o cancelamento do serviço identificado como “Br Turbo” e a cessação das cobranças, sem êxito, vindo, depois de aguardar por mais de 45 minutos na linha telefônica, a sofrer um mal súbito (enfarte) que o levou à morte. Dessa feita, e corroborado o contexto favorável à pretensão autoral com a ausência de prova em contrário pela demandada, é reconhecida a responsabilidade da ré pelo infortúnio ocorrido ao esposo da requerente (...) (Comarca de Uruguaiana-RS, Terceira Turma Recursal, RECURSO INONIMADO Nº 71002173979, Relator CARLOS EDUARDO RICHINITTI, julgamento em 06 de abril de 2010)<sup>202</sup> (g. n.)

O art. 4º, *caput*, do CDC, que reflete princípios constitucionais na Política Nacional das Relações de Consumo, trata da dignidade, da proteção de interesses econômicos e da melhoria na qualidade de vida do consumidor. Em transgressão a tais preceitos, o atendimento desleixado e desrespeitoso por parte da fornecedor, ao causar frustração por desperdício de tempo e de energia bem como sensação de humilhação e desgaste emocional, configura ofensa à moral do consumidor e torna justa a indenização.

O valor a se pleitear, de acordo com doutrina e jurisprudência, tem cunho não meramente compensatório, mas também punitivo-pedagógico, como forma de coibir o desrespeito ao consumidor, não só pela mesma fornecedora como sobretudo por quaisquer outras. A sanção pecuniária como forma de desestimular comportamentos lesivos aos direitos da personalidade visa atender ao anseio de proteção da dignidade da

---

<sup>202</sup> BRASIL. Segunda Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71002173979/RS – Comarca de Uruguaiana-RS. Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 15 de abril de 2010. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/site/servicos/pericias\\_e\\_outras\\_especialidades/consulta/](https://www.tjrs.jus.br/site/servicos/pericias_e_outras_especialidades/consulta/)>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

pessoa humana numa época em que o indivíduo se vê impensado por interesses econômicos (ANDRADE, 2009, p. 14)<sup>203</sup>.

Cabe apontar que, tratando-se de relação de consumo, incide-se a responsabilidade objetiva – independente de culpa –, conforme assentado nas normas positivas do Código Civil/2002, que têm aplicação subsidiária à matéria de consumo, por força da norma de integração do art. 7º do CDC. Também o próprio Código de Defesa do Consumidor cuidou de fixar a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores da cadeia de fornecimento de consumo, dispensando cogitar de culpa, como se vê, em especial, nos arts. 12 e 14. Na doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, "este dever [de responder por vícios ou defeitos de bens e serviços, independentemente de culpa] é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas" (2012, p. 449)<sup>204</sup>.

Neste sentido, uma vertente que tem ganhado força nas demandas judiciais consumeristas é a da perda de tempo útil, que, de mesmo modo, tem se insurgido nas decisões de vários tribunais do país. A tese ganhou força nos últimos anos em virtude dos fornecedores não estarem atendendo de maneira efetiva às demandas dos consumidores, principalmente pelo desleixo com o tempo do consumidor na vida contemporânea.

A interpretação sistemática da Constituição Federal conduz à conclusão de que o direito à reparação pelo tempo injustamente perdido traduz-se em um direito fundamental implícito e encontra sustentáculo na proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), no direito social ao lazer, à saúde, ao trabalho (art. 7º, *caput*, da CF/88) e no direito fundamental à convivência familiar (art. 226, *caput*, da CF/88). Portanto, o direito fundamental do consumidor, disposto no art. 5º, XXXII, da CRFB/88, impõe

---

<sup>203</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. Banco do Conhecimento do PIERJ: 2008. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a)>. Acesso em: 08 de setembro 2017.

<sup>204</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 449.

dever ao fornecedor de não causar um desperdício ou obstáculo ao tempo produtivo do consumidor.

O reconhecimento da perda do tempo útil como desrespeito ao consumidor tem motivado, inclusive, os municípios de todo o país a criarem leis estabelecendo o tempo máximo de espera para atendimento nas instituições bancárias, variando de acordo com a demanda do município, número de habitantes e de agências, entre outros fatores. No âmbito do Direito, caracteriza-se um abuso o excesso de tempo gasto na espera ao atendimento, principalmente em horário comercial, quando o usuário muitas vezes deixa de cumprir com outras obrigações e vê-se cerceado em usufruir do tempo da maneira que lhe convier e for necessária. À respeito, o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que corretamente enfrentou o tema na linha do desvio do tempo produtivo do consumidor:

“APELAÇÃO CÍVEL DIREITO DO CONSUMIDOR AÇÃO SOB O RITO SUMÁRIO. DEMORA NA FILA DO BANCO. CONSUMIDOR QUE PERMANECEU ESPERANDO POR APROXIMADAMENTE UMA HORA E MEIA NA FILA DO BANCO - Sentença que julgou procedente o pleito autoral para condenar o réu ao pagamento de R\$3.110,00 de indenização por danos morais - restou caracterizada a violação ao dever de qualidade falha na prestação do serviço desvio produtivo do consumidor - são inaceitáveis as alegações do apelante de que o autor poderia ter realizado o pagamento das contas por terminais de autoatendimento, uma vez que cabe a este optar pelo meio que avalie mais conveniente, cabendo, por conseguinte, ao banco disponibilizar um serviço de qualidade, o que não se verificou - dessa forma, entende-se que os fatos narrados pelo consumidor ultrapassam o mero aborrecimento cotidiano, em razão de ter esperado na fila do banco por quase 02 horas, perdendo tempo produtivo, ensejando o dever de indenizar. Desprovimento do recurso.” (TJRJ, 27ª Câmara Cível, APELAÇÃO CÍVEL Nº 035092-08.2012.8.19.004, Relator Desembargador FERNANDO ANTÔNIO DE ALMEIDA, julgamento no dia 12 de fevereiro de 2014)<sup>205</sup> (g. n.)

---

<sup>205</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 035092-08.2012.8.19.004 – 27ª Câmara Cível. Relator: Carlos Desembargador Fernando Antonio de Almeida. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 12 de fevereiro de 2014. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

Percebe-se que a qualidade no atendimento ao consumidor como estratégia empresarial de conquista de clientela definitivamente tem se mostrado distante do cenário brasileiro, principalmente quando doutrina jurídica e jurisprudência passam a se debruçar sobre a responsabilidade civil pela má qualidade no atendimento, discussão que surgiu, inevitavelmente, com o péssimo relacionamento entre fornecedores e consumidores no país.

Uma das causas do drama na relação de consumo no Brasil é justamente o enxugamento nas estruturas de atendimento e no treinamento de funcionários, o que se intensifica ainda mais no quadro de crise econômica. De janeiro a novembro de 2016, os *call centers* de todo o país mais demitiram do que contrataram, com saldo negativo de 18.590 postos. Em 2015, a média de treinamento por funcionário foi de 78 horas, 43% menos do que em 2013<sup>206</sup>. Logo, empresas-fornecedoras têm optado por economizar em investimento no atendimento ao cliente-consumidor, preferindo figurar como réis na ampla judicialização das demandas consumeristas e se garantir na ideia utilitarista de que remediar no Judiciário é mais lucrativo que prevenir na qualidade dos serviços.

## **5.2 A estratégia utilitarista de resolução de conflitos pela via judicial**

Apesar das vantagens apresentadas a respeito dos benefícios empresariais no cumprimento do Código de Defesa do Consumidor, uma reflexão a respeito da valorização do estabelecimento empresarial através da conquista de clientela pela qualidade no atendimento ao cliente-consumidor não poderia ignorar a existência da estratégia utilitarista de resolução de conflitos pela via judicial. Não são raras as vezes que empresas desconsideram contratos e/ou normas legais, certas de que a sanção reparatória por ventura imposta configura um montante mais que satisfatório frente à possibilidade de desrespeitar obrigações onerosas, de modo que a lógica utilitarista talvez permaneça sendo a maior algóz do Direito do Consumidor.

---

<sup>206</sup> EXAME. SCHERER, Aline. 1Crise azedou ainda mais relação entre empresas e consumidores. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/o-que-ja-era-ruim-piorou/>>. Acesso em: 07 de setembro 2017.

Michael Sandel, em seu curso sobre o pensamento utilitarista formulado por Jeremy Bentham (1748-1832), recorre ao caso estadunidense em que consumidores, na década de 1970, processaram judicialmente a Ford Motor Company devido a explosões causadas por defeitos técnicos no tanque de combustível de determinado carro comercializado pela empresa (SANDEL, 2015, p. 57-59)<sup>207</sup>. A Ford estimou que em um ano 180 mortes e 180 queimaduras poderiam ocorrer, com uma indenização média de 200 mil dólares por vida e 67 mil por queimaduras; em contrapartida, o custo de instalar um dispositivo de 11 dólares em 12,5 milhões de veículos seria de 137,5 milhões de dólares. Assim, os executivos da companhia, através de uma análise de custo e benefício, concluíram que os benefícios de consertar as unidades (em vidas salvas e ferimentos evitados) não compensavam os 11 dólares por carro que custaria para equipar cada veículo com um dispositivo que tornasse o tanque de combustível mais seguro. Acerca deste embaraçoso episódio, assinala o autor:

"A vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar os direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais. E isso significa que a lógica utilitarista, se aplicada de forma consistente, poderia sancionar a violação do que consideramos normas fundamentais da decência e do respeito no trato humano (...)." (SANDEL, 2015, p. 51)<sup>208</sup>

Casos que remetem à lógica utilitarista na relação de consumo não se distanciam da realidade atual, sobretudo a brasileira. O lucro líquido do Banco do Brasil em 2016 foi de R\$8,034 bilhões – ainda que recuando em 44,2% em relação ao resultado do ano anterior<sup>209</sup>; significa dizer que a instituição financeira auferiu em média 669,5 milhões por mês, um lucro líquido diário de 22,32 milhões ou, em última escala, 255 reais por

---

<sup>207</sup> SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 57-59.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>209</sup> GLOBO.COM. *Lucro do Banco do Brasil cai para R\$ 8,034 bilhões em 2016*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/lucro-do-banco-do-brasil-cai-para-r-8034-bilhoes-em-2016.ghtml>>. Acesso em: 08 de setembro de 2017.

segundo. Logo, uma indenização em três mil reais por submeter o consumidor a horas na fila do banco corresponde a míseros 12 segundos da instituição.

A estratégia utilitarista ao pesar as preferências sem julgá-las, sendo aplicada em análises de custo e benefício que busca racionalizar escolhas e valores complexos da sociedade, desconsidera o mal-estar causado aos consumidores. Exatamente partindo desta premissa, os executivos da Ford concluíram que seria mais vantajoso financeiramente a morte de consumidores e o posterior pagamento de indenizações, ao invés de realizar o *recall* de diversos automóveis defeituosos; da mesma maneira, instituições financeiras no Brasil preferem pagar indenizações esporádicas pela demora no atendimento ao consumidor a investir na contratação e treinamento de funcionários.

O desprezo ao consumidor e às normas consumeristas, bem como aos princípios fundamentais dos quais tais normas derivam, revestem integralmente a lógica de lucratividade da resolução de conflitos pela via judicial. A única maneira de se esvaziar esta estratégia é se aplicando com efetividade a indenização com cunho punitivo-pedagógico, ou seja, coaduná-la a um *quantum* indenizatório relevante em face da fornecedora que comete os atos ilícitos e lesivos ao consumidor. Embora já seja amplamente pacificado na doutrina e na jurisprudência que "a soma [do valor indenizatório por danos morais] não deve ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento nem tão pequena que se torne inexpressiva" (PEREIRA, 2016, p. 84)<sup>210</sup>, o magistrado brasileiro parece considerar com muito mais rigidez o primeiro lado da balança, tornando confortável, conveniente e lucrativa a inobservância ao Código de Defesa do Consumidor por parte das empresas-fornecedoras.

De fato, não há estudos empíricos que comparem o lucro advindo da estratégia utilitarista da má prestação do serviço combinada com a judicialização de demandas consumeristas com o lucro advindo da estratégia da qualidade no atendimento ao cliente-consumidor por via da conquista de clientela e conseqüente potencialização do aviamento. Presume-se que sociedades com lucro líquido anual avultado, como no caso

---

<sup>210</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2016, p. 84.



da instituição financeira mencionada anteriormente, a mal-intencionada contenção de gastos na qualidade do serviço realmente gere resultados financeiramente positivos, enquanto a estabelecimentos empresariais de menor porte seja realmente mais benéfica a conquista de clientela.

No entanto, uma coisa é certa: apenas a segunda estratégia é lícita e atende aos ditames constitucionais, sendo ainda aquela que melhor corresponde ao novo paradigma mercadológico, no qual o consumidor passa a selecionar a empresa-fornecedora não só pelo produto/serviço oferecido como também pela experiência do atendimento. E, como qualquer estratégia que considera a realização de atos ilícitos – neste caso, até mesmo contra princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana –, a má qualidade no atendimento ao cliente-consumidor, bem como a má prestação dos serviços em geral, visando o lucro arrecado pela judicialização das demandas consumeristas, é absolutamente inconstitucional e, portanto, deve ser descartada diante de qualquer estudo de planos para a valorização do estabelecimento empresarial.

## **6 CONCLUSÃO**

Os consumidores contemporâneos correspondem a usuários em busca de valores agregados e inovação, sendo valorizada, para além da qualidade do produto/serviço, uma agradável experiência na relação com o fornecedor. Assim, na atual conjuntura comercial, em que consumidores tornam-se cada vez mais empoderados e a proliferação de novas empresas-fornecedoras proporciona um acúmulo de produtos e serviços semelhantes, o investimento na qualidade do atendimento ao cliente configura-se como uma das principais medidas para incremento de diferencial competitivo.

Não obstante, apesar de muito se relevar a importância da clientela para a expansão das vendas e serviços, há de considerar ainda a sua essencialidade como fator de influência sobre o aviamento, que, por sua vez, corresponde ao potencial de todo o negócio, sendo capaz de valorizar (ou desvalorizar) o estabelecimento empresarial. Qualquer estratégia empresarial que propicie efeitos negativos sobre a clientela está fadada a estreitar o aviamento e, conseqüentemente, desvalorizar o estabelecimento empresarial.

O benefício da qualidade no atendimento como diferencial competitivo reflete a medida na qual o cumprimento da legislação consumerista demonstra-se proveitoso às próprias fornecedoras. O atendimento de excelência satisfaz o consumidor, a empresa-fornecedora que o fideliza como cliente e ainda contribui para o encolhimento da judicialização de demandas consumeristas.

Ademais, o despreparo na comunicação com o consumidor, além de corresponder a uma involução das fornecedoras para a modernização no mercado atual, é ainda uma das facetas da má prestação de serviço e a sua presença em grande escala tem motivado o reconhecimento pelos tribunais da responsabilidade civil pelo mau-atendimento ao consumidor. Logo, a falta de investimentos no atendimento ao cliente não só deixa de valorizar o estabelecimento empresarial por meio da conquista de clientela como também reduz o fundo de comércio em razão de eventuais indenizações por danos morais.

Certamente o corte de gastos na qualidade dos serviços e o intencional descumprimento de normas consumeristas visando o lucro pela judicialização das demandas consumeristas pode até gerar maior enriquecimento às empresas-fornecedoras, porém esta é uma estratégia que, por basear-se em atos ilícitos e que ferem, inclusive, direitos fundamentais, não pode em hipótese alguma sequer ser considerada pelos empresários. Assim, a qualidade no atendimento como diferencial competitivo, prestigiando o Código de Defesa do Consumidor e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana através do atendimento digno ao consumidor, segue como projeto que melhor corresponde ao novo paradigma mercadológico, no qual o consumidor passa a selecionar a empresa-fornecedora não só pelo produto/serviço oferecido como também pela experiência do atendimento.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização Punitiva*. Banco do Conhecimento do PJERJ: 2008. Disponível em:

<[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=d10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a)>. Acesso em: 08 de setembro de 2017.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acessado em 07 de setembro de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acessado em 07 de setembro de 2017.

BRASIL. Segunda Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71002173979/RS – Comarca de Uruguaiana-RS. Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 15 de abril de 2010. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/site/servicos/pericias\\_e\\_outras\\_especialidades/consulta/](https://www.tjrs.jus.br/site/servicos/pericias_e_outras_especialidades/consulta/)>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 035092-08.2012.8.19.004 – 27ª Câmara Cível. Relator: Carlos Desembargador Fernando Antonio de Almeida. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 12 de fevereiro de 2014. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito da Empresa*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017.

GUMMESSON, Evert. *Marketing de relacionamento total*. 3ª ed. São Paulo: Bookman, 2010.

*Lucro do Banco do Brasil cai para R\$ 8,034 bilhões em 2016*. G1, 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/lucro-do-banco-do-brasil-cai-para-r-8034-bilhoes-em-2016.ghtml>>. Acesso em: 08 de setembro de 2017.

MELO, Luísa. *Por atender mal, empresas perdem clientes e US\$ 217 bilhões*. EXAME, 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/por-atender-mal-empresas-perdem-clientes-e-us-217-bilhoes/>>. Acesso em: 05 de setembro de 2017.

MOTA, João Manoel de Freitas. *Comunicação com o Cliente*. Recife: Livro Rápido, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista do Direito do Consumidor, nº 03. São Paulo, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2016, p. 84.

SALOMÃO, Karin. *100% digital, Nubank ganha fama pelo atendimento humanizado*. EXAME, 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/100-digital-nubank-ganha-fama-pelo-atendimento-humanizado-2/>>. Acesso em: 06 de setembro de 2017.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SCHERER, Aline. *Crise azedou ainda mais relação entre empresas e consumidores*. EXAME, 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/o-que-ja-eram-ruim-piorou/>>. Acesso em: 07 de setembro 2017.

THE CENTER FOR GENERATIONAL KINETICS. *The aspect consumer experience index: millennial research on custom service expectations*. 2015.

WEBSTER'S NEW ILLUSTRATED DICTIONARY. *Books*, Inc., 1968.

## RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.

Paula Ladeira Vidal  
Isabella Figueredo Vieira\*

**SÚMARIO** 1. Introdução 2. Da Pessoa Jurídica e obstáculos à Responsabilidade Penal 3. Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Direito Comparado 4. Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Brasil 5. Dos Crimes contra as Relações de Consumo 6. Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nas Relações de Consumo e da Responsabilidade Penal dos Administradores no CDC 7. Conclusão

**RESUMO:** O patamar atual da discussão a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica na prática de crimes contra as relações de consumo é tema ainda bastante controverso. A Carta Magna prevê, residualmente, a responsabilização da pessoa jurídica em face de crimes que atentam contra o meio ambiente (vide art. 225, §3), a ordem econômico-financeira e a economia popular (vide art. 173, §5). Sem embargo, o Código de Defesa do Consumidor não veicula expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica respeitante aos delitos contra as relações de consumo, estes veiculados em seu Título II. O grande desafio é, pois, interpretar a sua incidência, mediante a omissão do legislador. Para tanto, é necessário, de início, recapitular as teorias da ficção e da realidade, delineadas pelos juristas Savigny e Otto Gierke, respectivamente, os quais alicerçaram a visão doutrinária sobre o assunto.

Respaldando-se nessas considerações, o objetivo deste artigo é investigar o cabimento da responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica ante as principais teorias vigentes e o repertório principiológico basilar do direito penal contemporâneo, tais quais culpabilidade, *nullum crimen sine conducta*, legalidade e presunção de inocência, abordando as posições expoentes na seara jurídica e seus principais argumentos. Ademais, pretende-se comentar com mais afinco a relação existente entre o artigo 75 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 11 da Lei nº 8.137/1990, bem como suas implicações na maneira como os doutrinadores interpretam a responsabilidade penal dos diretores, administradores e gerentes da pessoa jurídica, inclusive, como alternativa à

---

\* Graduandas do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense.

dificuldade da responsabilização direta do ente moral. Por fim, tendo em vista que o foco do estudo é a atualidade da discussão, é essencial reservar parte da pesquisa à análise jurisprudencial.

**Palavras-chave:** responsabilidade penal, pessoa jurídica, relações de consumo.

**ABSTRACT:** The current level of discussion regarding the criminal liability of the legal entity in the practice of crimes against consumer relations is still a very controversial topic. The Brazilian Federal Constitution provides, exceptionally, for the legal entity to be held liable for environmental crimes (see article 225, §3), the economic and financial order and the popular economy (see article 173, §5). However, the Consumer Protection Code does not expressly convey the criminal liability of the legal entity for crimes against consumer relations, which are contained in its Title II. The great challenge, therefore, is to interpret its impact, by means of the omission of the legislator. To do so, it is necessary, at the outset, to recapitulate the theories of fiction and reality, outlined by the jurists Savigny and Otto Gierke, respectively, who founded the doctrinal view on the subject.

The objective of this article is to investigate the legal responsibility of the legal entity, observing the main theories in force and the basic principles of contemporary criminal law, such as guilt, *nullum crimen sine conducta*, legality and presumption of innocence, addressing the exponent positions in the legal arena and its main arguments. In addition, it is intended to comment more closely on the relationship between Article 75 of the Consumer Defense Code and Article 11 of Law No. 8,137 / 1990, as well as its implications on the way in which the interpreters interpret the criminal responsibility of directors, administrators and managers of the legal entity, including, as an alternative to the difficulty of direct accountability of the moral entity. Finally, considering that the focus of the study is the actuality of the discussion, it is essential to reserve part of the research to the jurisprudential analysis.

**Keywords:** criminal responsibility, legal entity, consumer relations.

## **1. INTRODUÇÃO**

Todo o Direito Consumerista está fulcrado na ideia de que há um desequilíbrio inerente às relações de consumo, entre aquele que fornece o produto ou o serviço e o seu destinatário final. Trata-se do princípio da vulnerabilidade do consumidor, que justifica um aparato legal de proteção.

Nesse contexto, é promulgado, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, que trouxe em seu bojo não só a tutela civil do vulnerável, mas também se dedicou a tutelá-lo penalmente, a partir da tipificação de uma série de condutas. Para além das relações individuais de consumo, depreende-se da leitura de tais dispositivos legais, a preocupação com a coletividade, haja vista a realidade atual do consumo em massa. Assim, a conduta de um único fornecedor pode afetar milhares de pessoas, pelo que a repressão criminal, mais severa, acaba sendo, por vezes, mais adequada.

Entretanto, em consonância com a doutrina tradicional do Direito Penal, que abomina a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o legislador de 1990 não admitiu a possibilidade de esses entes figurarem como sujeito ativo dos crimes constantes do CDC, muito embora a nova ordem constitucional tenha, dois anos antes, aplicado a referida teoria aos crimes contra o meio ambiente, contra a ordem econômico-financeira e contra a economia popular.

Tendo em vista que, no dia-a-dia, os fornecedores são, em sua maioria esmagadora, pessoas jurídicas, e mediante as dificuldades práticas de identificação dos autores dos delitos consumeristas, a discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica mostra-se extremamente relevante.

## **2. DA PESSOA JURÍDICA E OBSTÁCULOS À RESPONSABILIDADE PENAL**

Fundamental para a discussão da responsabilidade penal da pessoa jurídica é refletir sobre sua definição. Sendo assim, convém tecer um breve comentário sobre as teorias que tradicionalmente dedicam-se a tanto, quais sejam, a teoria da ficção e a teoria da realidade.

A teoria da ficção, criada por Friedrich Carl von Savigny, entende que a pessoa jurídica nada mais é que uma entidade fictícia ou um ser abstrato, concebido devido a mera concessão da autoridade soberana. Portanto, sua existência se baseia nas decisões de



seus representantes que, em virtude de uma ficção, são tidas como sua vontade. Seguindo esta doutrina, conclui-se que a pessoa jurídica é incapaz de delinquir, afinal, os delitos que lhe poderiam ser imputados são sempre cometidos por seus membros, ou seja, pessoas naturais.<sup>211</sup>

Por outro lado, a teoria da realidade delineada por Otto von Gierke, também chamada de teoria organicista, atribui uma existência real a pessoa jurídica, independente dos indivíduos que a compõem. Ela seria um ser coletivo, dotado de vontade própria, sujeito de direitos e deveres, e, portanto, plenamente capaz de delinquir.<sup>212</sup>

Não obstante prepondera no Brasil o entendimento de que a pessoa jurídica não é mera ficção, mas dotada de realidade própria, o Direito Penal brasileiro filia-se à tradição romano-germânica, consagrando a não responsabilização penal da pessoa jurídica, conforme o brocardo *societas delinquere non potest* (a sociedade não pode delinquir).

Isso se deve ao fato de os princípios basilares da responsabilidade criminal, mormente o princípio da culpabilidade, não se coadunarem, *a priori*, com a natureza da pessoa jurídica. Nesse sentido, explica o professor Emerson Giraldeli Coelho:

“A caracterização da responsabilidade penal depende da existência de três elementos, quais sejam: conduta (dolosa ou culposa), resultado lesivo ao bem jurídico e nexos de causalidade entre a conduta e o resultado. Presentes estes elementos, será imperativa a aplicação da sanção penal, salvo a ausência de ilicitude (condutas praticadas em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito) e de culpabilidade (agente inimputável, erro de proibição e coação moral irresistível ou obediência hierárquica).

No que tange à conduta, para que seja penalmente relevante, deve ser voluntária e consciente e, por regra, dolosa. É punível a conduta culposa, quando a prática do delito se dá por inobservância de um dever de cuidado objetivo, que torna o resultado ao menos previsível,

---

<sup>211</sup> Prado, Luiz Regis. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações*, Cit., p. 1. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com>. Acesso em: 14.set.2017.

<sup>212</sup> Prado, Luis Regis. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações*, Cit., p. 1.

agindo o autor com negligência, imprudência ou imperícia.  
[...]

Importante destacar que o legislador penal pátrio, com a reforma efetivada na parte geral do Código Penal, levada a efeito em 1984, retirou de nosso sistema jurídico todas as possibilidades de responsabilização penal objetiva, adotando exclusivamente a chamada teoria da culpabilidade, em que só se pune penalmente o agente quando sua conduta se revestir do elemento subjetivo. <sup>213</sup>

Sendo certo que a pessoa jurídica não detém consciência no sentido psicológico do termo, falta-lhe justamente o elemento subjetivo do tipo penal, de modo que se estaria diante de uma responsabilidade penal objetiva, rechaçada no ordenamento jurídico pátrio. Por isso, afirma Luiz Regis Prado (2012, p.3) que a “culpabilidade penal como juízo de censura pessoal pela realização do injusto típico só pode ser endereçada a um indivíduo (culpabilidade da vontade). Como juízo ético-jurídico de reprovação, ou mesmo de motivação normal, somente pode ter como objeto a conduta humana livre. “ O célebre professor entende ainda que a pessoa jurídica não pode praticar ação ou omissão típica, já que só atua através de seus representantes. Desse modo, entende que “É necessário, pois, distinguir entre sujeito da ação e sujeito da imputação, que não são coincidentes no caso de pessoas jurídicas, visto que estas ‘só podem atuar através de seus órgãos e representantes, isto é, de pessoas físicas (sujeito da ação)’.” <sup>214</sup>A partir desta perspectiva, responsabilizar a pessoa jurídica violaria o princípio do *nullum crimen sine conducta*.

Por fim, os penalistas estabelecem como empecilho à responsabilidade penal da pessoa jurídica, o princípio da personalidade da pena, consagrado no artigo 5º, XLV, da Constituição de 1988, que dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Isso porque se estaria atribuindo à pessoa jurídica em sua totalidade, fato imputável a “uma pluralidade de pessoas físicas identificáveis” em seu seio. (Prado; Luiz Regis, 2012, p. 11).

---

<sup>213</sup> Coelho, Emerson Giraldeleli. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra as relações de consumo*. Disponível em: [www.adpesp.org.br](http://www.adpesp.org.br). Acesso em: 17.set.2017.

<sup>214</sup> Prado, Luiz Regis. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações*, Cit., p. 2.

Todos esses argumentos quase derrubam a pretensão de se imputar responsabilidade penal ao ente coletivo. Todavia, a tendência contemporânea é no sentido oposto, mostrando que não são esses obstáculos intransponíveis, seja no direito brasileiro, seja no direito comparado, que será analisado a seguir.

### **3. DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO COMPARADO**

Nos países de *common law*, ao contrário da tradição romano-germânica já mencionada, vigora o brocardo *societas delinquere potest* (a sociedade pode delinquir). No Direito inglês, a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi construída jurisprudencialmente no século XIX, sendo depois reconhecida pela legislação. Seu fundamento está na teoria da identificação. Mais uma vez, recorre-se às lições de Luiz Regis Prado:

“Para se imputar a prática de um fato punível e o eventual elemento subjetivo (vontade) à pessoa jurídica é indispensável uma ação ou omissão do ser humano. Isso impõe que se lance mão de um artifício para atribuir à pessoa jurídica os atos de uma pessoa física: “um salto” da pessoa física para a jurídica. O fundamento penal encontrado está na teoria da identificação (*identification theory*)– identificação do *controlling mind* –, originária da jurisprudência cível (acórdão da *House of Lords*, 1915), que acabou por alcançar a área criminal, em 1944. O juiz ou tribunal deve procurar identificar a pessoa que ‘não seja um empregado ou agente, cuja sociedade seja responsável pelo fato em decorrência de uma relação hierárquica, mas qualquer um que a torne responsável porque o ato incriminado é o próprio ato da sociedade’. Tem-se, portanto, que a pessoa natural “não fala, não atua para a sociedade; ela atua enquanto sociedade, e a vontade que dirige suas ações é a vontade da própria sociedade”. Ela é a personificação do ente coletivo; sua vontade é a vontade dele. Como examinado, essa doutrina deu lugar à ideia de que a culpa de certas pessoas físicas pode

ser imputada a uma pessoa jurídica como sua culpa própria ou pessoal (*personal liability*), numa verdadeira e total identificação.”<sup>215</sup>

No Direito francês, país expoente da *civil law*, atualmente é reconhecida a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que havia sido abolida do ordenamento jurídico após a Revolução Francesa. Ela é vista como subsidiária à responsabilidade penal da pessoa física, de sorte que o ilícito da pessoa física é condição prévia para o ilícito da pessoa jurídica.

“Os fundamentos invocados para justificar a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, segundo a exposição de motivos do Código Penal francês, foram essencialmente dois: em primeiro lugar, a pretendida necessidade de considerar apenas a pessoa moral responsável por fatos delituosos não imputáveis às pessoas físicas, isto é, evitar a hipótese de que seus dirigentes venham a sofrer uma “presunção de responsabilidade penal”, ou mesmo uma responsabilidade efetiva, por infrações cuja existência às vezes ignoram, sendo, para tanto, preciso imputar essa responsabilidade à pessoa jurídica como um todo. [...]

Em segundo lugar, afirma-se que a realidade criminológica mostra que as pessoas jurídicas dispõem de meios poderosos e podem estar na origem de atentados graves à saúde pública, ao ambiente, à ordem econômica e social, sendo certo que sua imunidade surge como algo “chocante” no plano da equidade e da legalidade.”<sup>216</sup>

Outrossim, o Direito espanhol reconheceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, estabelecendo *numerus clausus* os delitos em que tal é possível. Também a reconhecem os ordenamentos da Alemanha, Áustria, Colômbia, Cuba, Dinamarca, Estados Unidos, Holanda, Japão, México, Portugal, Venezuela, etc.

---

<sup>215</sup> Prado, Luis Regis. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações*, Cit., pp. 8/9.

<sup>216</sup> Prado, Luis Regis. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações*, Cit., p. 10.

Sendo assim, observa-se que há uma tendência atual de responsabilização penal da pessoa jurídica como meio de tornar a tutela penal mais eficaz, principalmente no que diz respeito a interesses, por assim dizer, coletivos.

#### **4. DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL**

A Constituição de 1988 consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica nas hipóteses de crimes ambientais e de crimes contra a ordem econômico-financeira e contra a economia popular, conforme os artigos 225, §3º e 173, §5º, respectivamente.<sup>217</sup>

Ao passo que a Lei nº 9.605/98 regulamenta a tutela penal do meio ambiente, a ordem econômica carece de legislação própria. Por esse motivo, praticamente toda a literatura no Brasil a respeito do tema, salvo as ferrenhas críticas tecidas pelos penalistas, está a cargo dos ambientalistas.

Tendo em vista que o artigo 3º da Lei nº 9.605/98 estabelece que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas penalmente “[...] nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representantes legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade”, o célebre Édis Milaré ensina:

“O intento do legislador, como se vê, foi punir o criminoso certo e não apenas o mais humilde – ou o ‘pé de chinelo’ do jargão popular. Sim, porque, via de regra, o verdadeiro delinquente ecológico não é a *pessoa física* – o quitandeiro da esquina, por exemplo -, mas a *pessoa jurídica* que quase sempre busca o lucro como finalidade precípua, e para a qual pouco interessam os prejuízos a curto e longo prazos causados à coletividade, assim como a quem pouco importa se a saúde da população venha a sofrer com a poluição.”<sup>218</sup>

Cabe ressaltar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas, que devem agir com dolo ou culpa. Na verdade, uma não pode se desvincular da

---

<sup>217</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 173, §5º a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticado contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 225, §3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

<sup>218</sup> Milaré, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, Cit., p. 468.

outra, pois a sociedade por si mesma não é capaz de praticar a ação típica, como já visto. Portanto, em todos os delitos por ela cometidos, haverá coautoria necessária.

O jurista explica ainda que a responsabilidade penal da pessoa jurídica na seara do Direito Ambiental, nos termos da lei, está condicionada a que a infração tenha sido cometida em seu benefício e por decisão de seu representante ou órgão colegiado. Se o ato visa apenas a satisfazer interesse do próprio membro, a pessoa jurídica não pode ser considerada agente, mas sim, meio para o crime. (Milaré; Édis, 2013, p. 471). De igual sorte, haja vista a condicionante do ato decisório da pessoa física, pressupondo dolo, a pessoa jurídica não poderá ser responsabilizada por crimes culposos.

Quanto às penas aplicáveis à pessoa jurídica, o artigo 21 da Lei nº 9.605/98 prevê a pena de multa, a pena restritiva de direitos e a pena de prestação de serviços à comunidade. O artigo 24 prevê, ainda, em casos mais extremos, a liquidação forçada. Dentre as penas restritivas de direitos, o referido diploma legal elenca suas modalidades: suspensão parcial ou total de atividades (art. 22, I, §1º); interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade (art. 22, II, §2º), e; proibição de contratar com o Poder Público (art. 22, III, §3º).

Apesar de o mandamento constitucional e a disciplina legal serem suficientes para consagrar a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos delitos ambientais, a jurisprudência também foi receptiva a esta nova possibilidade, não se omitindo em enfrentar os clássicos argumentos contrários:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL.  
DELITO AMBIENTAL.

POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA  
JURÍDICA. RECURSO

CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça,  
"Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a

responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" [...].

(STJ, T5- QUINTA TURMA, REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 18/6/07)

CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial. II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha político, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na

suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. “De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.” IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade. X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritiva de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica. XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existências de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal. XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.



(STJ, T5- QUINTA TURMA, Resp: 564960 SC 2003/0107368-4, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 02/06/2006, Data de Publicação: DJ 13.06.2005 p. 331RDR vol. 34 p. 419)

Com efeito, a responsabilização da pessoa jurídica foi reconhecida no Direito Ambiental por força de uma necessidade prática, vez que os danos ambientais, em geral, derivam da atividade econômica de grandes sociedades. Destarte, seria plausível que todo este arcabouço teórico fosse transferido aos crimes contra as relações de consumo, o que o legislador pátrio não fez.

Nesta toada, cumpre analisar especificamente os aspectos penais da tutela do consumidor, em voga no Brasil.

## **5. DOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO**

As condutas penalmente relevantes atinentes às relações de consumo não se esgotam no Código de Defesa do Consumidor. Faz-se mister, entretanto, ressaltar que o papel do intérprete é identificar a relação de consumo no caso específico, respeitando as disposições dos artigos 2 e 3 da sobredita legislação para considerá-las inseridas nos crimes dessa natureza.<sup>219</sup>

Dessa forma, devem ser citadas legislações que tangenciam a temática da responsabilidade penal nessa ambiência, para além dos veiculados CDC: Decreto nº 22.626/33, definindo o crime de usura; Lei nº 4.591/66, que prevê crimes respeitantes a incorporações imobiliárias; Lei nº 1.521, concernindo crimes contra a economia popular; Lei nº 8.137/90, que veicula crimes contra a ordem econômica.<sup>220</sup>

Especificamente tratando dos delitos constantes no Código de Defesa do Consumidor, estão eles previstos no artigo 63 e ss. Ressalta-se, sem embargo, a crítica doutrinária de serem inexecutáveis e pouco factíveis os tipos penais insertos no CDC, de tal forma que, à luz do art. 5, inciso XXXIX da Carta Magna, que preceitua não haver crime sem lei

---

<sup>219</sup> DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2005, Cit., pp. 156/157.

<sup>220</sup> Densa, Roberta. *Direito Do Consumidor*. Cit., p. 157.

anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, é inviável condenar a agente por preceito impreciso e repleto de defeitos linguísticos.<sup>221</sup>

A primeira das condutas do Título II dos CDC descreve a situação de:

“Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade. Pena- Detenção de seis meses a dois anos e multa.”

Trata-se, pois, de conduta omissiva, esquivando-se o fornecedor do dever de advertir o consumidor se por ventura tiverem os produtos natureza perigosa ou nociva. Questiona-se a dificuldade na identificação precisa do que, especificamente, configuraria omitir, ocasionando o desenho de norma penal em branco. Preconiza Rizzato Nunes, nessa esteira, que não deve ser penalizada a falta de informação que atenda a “expectativa regular do consumidor” dentro do conhecimento corriqueiro acerca do produto. Em outros termos, para caber responsabilidade penal, premente suplantar os conhecimentos do senso comum. O parágrafo primeiro traz a hipótese da incriminação do prestador de serviços, e ainda pena de detenção de um mês a um ano para a modalidade culposa.<sup>222</sup> O delito ensejaria violação ao bem jurídico previsto no art. 6, inc. I e II do código em apreço, quais sejam, o direito de proteção à vida, saúde e segurança dos consumidores.

O artigo seguinte entoa: “Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado”, cuja pena é semelhante à do delito anterior. É, também, referente à conduta omissiva do fornecedor; nesse caso, entretanto, no momento de colocação do produto no mercado, era desconhecida a periculosidade ou nocividade deste; evitou-se, aqui, a comunicação posterior dessas características<sup>223</sup>.

Estará tal norma vinculada ao art. 10, §1 do CDC, que adverte:

“§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato

---

<sup>221</sup> Nunes, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 747.

<sup>222</sup> Nunes, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 748, 749.

<sup>223</sup> Densa, Roberta. *Direito do consumidor*. Cit., p. 160.

imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.”

Na eventualidade de não obedecer a tal exigência, o fornecedor incorre na infração penal. Ocorreria, nessa situação, a mesma problemática na carência de precisão do legislador. Dúbio é o tempo hábil para a realização do alcunhado *recall* para que não incorra a penalização. Ainda que fosse determinado, ainda resta incompleta a definição de “autoridade competente”, de forma que é preciso recorrer ao Decreto-Lei de nº 2.181/97, cujo artigo 4º preceitua ser dita autoridade órgão estadual, do Distrito Federal e municipal, no limite de sua jurisdição. Peca, novamente, o legislador ao olvidar-se de dispor de forma semelhante quanto ao prestador de serviços. Inexiste, também, o crime na modalidade culposa.<sup>224</sup> Os bem jurídicos protegidos pela norma, além dos referentes à saúde, vida e segurança, incluem a informação inequívoca dos produtos no mercado.<sup>225</sup>

O artigo 65, cujo preceito secundário é idêntico aos dois anteriores, sem prejuízo das penas dos arts. 121 e 129 do Código Penal, prevê o crime de “Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente”. Tal tipo penal refere-se aos serviços proibidos de ingressar no mercado, eis que, inobstante a advertência dos riscos envolvidos, evidenciam periculosidade acima dos níveis toleráveis. Vislumbra-se novo caso de norma penal em branco, exigindo regulamentação da autoridade competente do que seria “alto grau de periculosidade”. Não mais se trata de delito omissivo, uma vez que o prestador de serviços descumpra determinação de órgão competente. Por ser demandada interpretação restritiva da lei penal material, não há de se falar na modalidade culposa da conduta típica.<sup>226</sup>

É prescrito, outrossim, o delito de falsear, enganar ou omitir na informação veiculada ao consumidor quanto à “natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”, com pena de detenção de três meses a um ano e multa. É o que diz o artigo 66 do CDC. Nesse delito específico, atenta-se ao princípio da veracidade, protegendo o bem jurídico da

---

<sup>224</sup> Nunes, Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 756.

<sup>225</sup> Densa, Roberta. *Direito do consumidor*. Cit., p. 162.

<sup>226</sup> Densa, Roberta. *Direito do consumidor*. Cit., p. 162

informação precisa relativa aos produtos e serviços aos quais se pretende o consumo.<sup>227</sup>

A falta de exatidão, nesse caso, exprime-se no fato de ser indeterminado o meio no qual deve-se considerar a prática do fato típico. Não se trata de publicidade enganosa (a seguir explanada). O local para a prática do delito deve ser aquele da oferta, cuja informação descrita deve ser verídica e completa, em respeito ao artigo 31 do CDC. Observando o diálogo das fontes, cabe confirmar essa interpretação com a lei 8.078/90, cujo art. 30 utiliza sabiamente o vocábulo “informação” em detrimento de publicidade, atentando-se ao fato de poder a informação não estar atrelada à existência daquela. A modalidade culposa do delito só atinge a conduta comissiva, e não à omissão da informação<sup>228</sup>.

O artigo 67, por sua vez, indica a criminalização da publicidade enganosa (art. 37, §1, CDC) ou abusiva (art. 37, §2 do CDC). Quanto à primeira, reprime-se a não determinação correta de “natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.” Afere-se do referido artigo existir o aspecto comissivo (qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo “) e omissivo (“mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor”). Estabelece tal diferenciação o doutrinador Flávio Tartuce:

“Na publicidade enganosa por ação, há um dolo positivo, uma atuação comissiva do agente. Cite-se como exemplo a campanha publicitária que afirma que determinado veículo tem um acessório, o que não é verdade.(...)”

Na publicidade enganosa por omissão há um dolo negativo, com atuação omissiva. Conforme o §3 do art. 37 do CDC, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar dado essencial do produto ou serviço. (...) A título de exemplo, cite-se a hipótese em que uma empresa de refrigerante lança uma campanha publicitária, mas

---

<sup>227</sup> Densa, Roberta. *Direito do consumidor*. Cit., p. 164.

<sup>228</sup> Nunes, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 756.

deixa de informar aos consumidores que os prêmios contam das suas tampinhas.”<sup>229</sup>

A publicidade abusiva, por sua vez, diz o art. 37, §2, é aquela:

“[...] discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

Primeira leitura do dispositivo induz a entender indeterminação da vítima do delito. Entretanto, o crime, tanto em se tratando de publicidade enganosa como abusiva, é identificado mesmo na hipótese de haver somente vítima em potencial. Ademais, inadmite-se o delito culposos.<sup>230</sup>

O artigo 68 rechaça a publicidade que potencialmente induz o consumidor a comportamento prejudicial ou perigoso a sua saúde ou segurança. Parte da doutrina entende tal artigo como desdobramento do antecedente, com a dicotomia de possuir punição mais grave, de sei meses a dois anos, cumulada com a multa. A tentativa é admitida nesse delito, pois pode o consumidor abstrato ser induzido a adotar dito comportamento; entretanto, o fornecedor tira a publicidade de circulação antes que isso aconteça. Inadmite-se o crime culposos.<sup>231</sup>

O artigo seguinte tem como preceito primário a conduta de “deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade”; a penalidade é de detenção de seis meses ou multa. Tal enunciado protege a determinação do artigo 36, parágrafo único, do mesmo Codex: “O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”. O dispositivo exige do fornecedor o armazenamento de provas para atestar a veracidade da publicidade. Não existe o delito na modalidade tentada ou culposa.<sup>232</sup>

---

<sup>229</sup> Tartuce, Flavio. *Manual de direito do consumidor volume único*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016, Cit., p. 334.

<sup>230</sup> Nunes, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 777.

<sup>231</sup> Nunes, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 779.

<sup>232</sup> Nunes, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 782, 783.

O dispositivo do artigo 70 do CDC trata do emprego de peças ou componentes de reposição usados sem a anuência do consumidor. A pena é de detenção de três meses a um ano, mais multa. Ressalta-se que é permitida a inserção de aparatos usados no produto, desde que haja o aceite do consumidor. O bem jurídico violado é a “transparência e honestidade na prestação de serviços e, conseqüentemente, o patrimônio do consumidor”.<sup>233</sup> O crime é classificado como de mera conduta, uma vez que não é necessária a existência de dano ou prejuízo a consumidor, bastando utilização irregular de material usado. Inadmite-se a tentativa ou a culpa.<sup>234</sup>

O CDC, em seu artigo 42, restringe formas de cobrança de débitos que sujeitem o consumidor ao ridículo, constrangimento ou coação, com pena de detenção de três meses a um ano e multa. Com fulcro nessa determinação, o legislador preferiu tutelar essa vedação na ambiência penal, pelo artigo 71. O bem jurídico aqui violado é a honra e a imagem do consumidor. A jurisprudência denuncia como vexatórias as cobranças 1. Que gerem ameaça ao consumidor, sobretudo quando realizada em local de trabalho; 2. Constrangimento diante de empregados e clientes; 3. Colocar cartaz ofensivo no estabelecimento comercial do devedor. Não há tentativa ou modalidade culposa.<sup>235</sup>

O artigo 72 apresenta o crime de “impedir ou dificultar” ao consumidor o acesso às informações armazenadas pelo fornecedor sobre ele próprio, em cadastros bancos de dados, fichas e registros, com pena de detenção de seis meses a um ano, com multa. Tem correspondência direta com o art. 43, que dispõe: “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.” Vale ressaltar que o artigo analisado penaliza somente a vedação ao acesso; estar a informação equivocada ou deturpada não enseja, *a priori*, responsabilidade penal. É, também, infração de mera conduta, pois não se faz necessário ocasionar dano para estar configurada. Além disso, inadmite a tentativa ou a culpa.<sup>236</sup>

Diferentemente da situação narrada acima, enseja responsabilidade penal o descaso do fornecedor perante a exigência do consumidor de correção de seus dados verificados

---

<sup>233</sup> Densa, Roberta. *Direito do consumidor*. Cit., p. 171.

<sup>234</sup> Nunes, Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 785.

<sup>235</sup> DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. Cit., p. 172, 173.

<sup>236</sup> Nunes, Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 785.

como equivocados. É o exemplo da inserção errônea do consumidor no cadastro de inadimplentes. Há relação com o art. 43 do CDC, §3:

O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

A infração é omissiva imprópria, deixando o fornecedor de praticar a ação devida. Não é possível a tentativa ou a culpa.<sup>237</sup>

Por fim, descreve o art. 74 enquanto delito “Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo”. Vincula-se ao art. 50 do CDC, que estabelece a entrega por escrito do termo de garantia. Entretanto, vale salientar que o consumidor que não recebe a garantia não está desprotegido pela legislação consumerista, permanecendo, portanto, os seus direitos. O delito é omissivo próprio, pressupondo abstenção do fornecedor na entrega de garantia por escrito. Não admite-se tentativa ou culpa.<sup>238</sup>

Verifica-se que grande parte dos crimes elencados neste título estão associados aos Juizados Especiais Criminais, responsáveis pelos crimes de menor potencial ofensivo, definidos como “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (artigo 61 da lei 9.099/95). São, ainda, passíveis de aplicação de institutos despenalizadores, tais quais a transação penal, para crimes de pena máxima inferior a um ano<sup>239</sup>, e suspensão condicional do processo, para crimes cuja pena mínima não supera um ano, não sendo o agente reincidente ou sujeito a processo penal em curso (vide artigo 89 da lei 9.099/95).

## **6. DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES NO CDC**

---

<sup>237</sup> Nunes, Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 800.

<sup>238</sup> Nunes, Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 806.

<sup>239</sup> Nunes, Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 730.

O responsável pela colocação de produtos e serviços no mercado, tido como fornecedor, em se tratando de pessoa física, evita-se grande discussão acerca da viabilidade de responsabilização penal. A figura torna-se mais complexa quando calcada em pessoa jurídica, engendrando dificuldades na identificação do deflagrador da infração penalmente relevante.<sup>240</sup>

Indispensável destrinchar o artigo 75 do Código de Defesa do Consumidor, atribuindo-lhe duas análises pertinentes:

Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

Desvendar-se-á, primeiramente, as considerações iniciais do artigo, estabelecendo cotejo com o artigo 29 do Código Penal, que diz: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Parece improvável, como intenta afirmar setor da doutrina, que o legislador tenha buscado unicamente repetir a informação veiculada no supramencionado dispositivo do Código Penal. De acordo com essa interpretação, tornar-se-ia inócua e descabida a sua inserção. Ao convencionar que responde “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, *bem como*”, o legislador indica a existência de responsabilizados outros que não os diretores, administradores e gerentes. Inverossímil compreender que o referido texto abarca unicamente tais figuras. Ao revés, mais acurado o entendimento de que o legislador optou por propositalmente inserir tal redação no dispositivo, anunciando a possibilidade de responsabilização penal de todos que influem na prática da infração penal nessa seara específica, incluindo Pessoa Jurídica.

---

<sup>240</sup> FONSECA, Antônio C.L. *O fornecedor-pessoa jurídica como sujeito ativo nos crimes contra as relações de consumo*. Disponível em [http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1283280108.pdf](http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283280108.pdf). Acesso em 10 de dez de 2017.



Tal interpretação resta corroborada pela edição- no mesmo ano, e, logo, reforçando preocupação do legislador em indica-lo- da lei 8.137/90, cujo artigo 11 dispõe: Quem, de qualquer modo, *inclusive por meio de pessoa jurídica*, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Em dissonância a tal entendimento, Rizzato Nunes afiança ter a lei 8.137/90 vigida durante o período de *vacatio legis* da lei 8.078/90, sendo, portanto, por esta revogado o dito artigo.<sup>241</sup>

Não é este, sem embargo, o entendimento da jurisprudência, que vêm determinando a aplicação da supramencionada disposição:

DECISÃO: ACORDAM os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, à unanimidade, em conhecer do recurso, negando-lhe provimento.  
 EMENTA: APELAÇÃO CRIME. *CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 7º, INC. VII C/C ART. 11, CAPUT, AMBOS DA LEI 8.137/90, E ART. 71 DO CP)*. RECEBIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR UM DOS ACUSADOS. ÚNICO RECURSO INTERPOSTO EM NOME DE AMBOS OS RECORRENTES. CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL A PARTIR DA ÚLTIMA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA EFETIVADA NOS AUTOS. RÉU QUE, TÃO LOGO INTIMADO, INTERPÔS O RECURSO DE APELAÇÃO. RECURSO TEMPESTIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE. ARGUMENTO DE QUE OS PROPRIETÁRIOS DO POSTO DE GASOLINA TIVERAM DE OBTER PRODUTOS DE OUTRA BANDEIRA ANTE AS DIFICULDADES NA ENTREGA DE COMBUSTÍVEL PELA BANDEIRA CONTRATADA. ARGUMENTO INSUBSISTENTE. CONTRATO DE VINCULAÇÃO À MARCA "FOX". INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DA LEI Nº 8.176/91 E PORTARIA 116/2000. DETERMINAÇÃO DE QUE O REVENDEDOR VAREJISTA QUE OPTE POR EXIBIR MARCA COMERCIAL DO DISTRIBUIDOR CONTRATADO SOMENTE PODERÁ REVENDER PRODUTOS DO DETENTOR DA MARCA. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE OUTRA BANDEIRA QUE INDUZ O CONSUMIDOR A ERRO. CONFIGURAÇÃO DE CRIME CONTRA O CONSUMO. CONFISSÃO DA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE OUTRAS DISTRIBUIDORAS,

---

<sup>241</sup> Nunes, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cit., p. 807.

NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE MARCA DIVERSA E AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO. AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO. INOCORRÊNCIA. DOLO CONSISTENTE EM INSPIRAR O CONSUMIDOR A ADQUIRIR O PRODUTO DIVULGADO, QUANDO NA REALIDADE OBTÉM PRODUTO DIVERSO DO DEMONSTRADO. LESÃO AO CONSUMIDOR CARACTERIZADA, POUCO IMPORTANDO O SEU RESULTADO NATURALÍSTICO. CRIME FORMAL, QUE SE APERFEIÇA COM A INDUÇÃO DO CONSUMIDOR A ERRO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL E SUBSTITUIÇÃO DE UMA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. DESCABIMENTO. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, SENDO INCABÍVEL A PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO. (TJ-PR- APL 12453475 PR 1245347-5. 2ª Câmara Criminal. Des. Relator: José Mauricio Pinto de Almeida. Data de Julgamento: 16/04/15. Data de Publicação: 06/05/2015)

Quanto à receptividade jurisprudencial da existência de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, encontra-se lastro unicamente, como já explorado, na seara do direito ambiental:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO.  
 COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO.  
 MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A  
 SUPREMA CORTE. ART. 56, CAPUT, DA LEI N.º 9.605/98. ARGUIÇÃO DE  
 INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE,  
 SATISFATORIAMENTE, A CONDUTA, EM TESE, DELITUOSA. RESPONSABILIZAÇÃO  
 PENAL DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TERMO DE AJUSTAMENTO DE  
 CONDUTA. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE,  
 EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.  
 HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.  
 (...)

5. É possível a responsabilização criminal de pessoas jurídicas por delitos ambientais, desde que haja a imputação concomitante da pessoa física que seja responsável juridicamente, gerencie, atue no nome da pessoa jurídica ou em seu benefício.

(HC HC 187842 / RS, Rel. MIN. LAURITA VAZ. Data de Julgamento: 19/07/2013)

Trazendo a hipótese para o âmbito das relações do consumo, alinhada ao direito francês, condicionando a responsabilidade penal da pessoa jurídica à responsabilização das pessoas naturais de direção da empresa, deve-se analisar o artigo 75 do CDC, *in fine*.

Nessa esteira, há grande questionamento doutrinário circunda a responsabilização das pessoas naturais que integram o fornecedor-pessoa jurídica. À luz do escopo do Código Penal de exigir a prática de conduta para a configuração do crime (*nula poena sine conducta*), apesar da possibilidade de o fornecedor ser pessoa física, majoritariamente tratar-se-á de pessoa jurídica. Dessa forma, configura-se a ficção de que as condutas descritas como crimes nas relações do consumo seriam “executadas” pela empresa. Tratando-se de abstração, faz-se mister elencar as pessoas físicas integrantes da pessoa jurídica, apontando-se quais delas realizaram quais ações classificadas como penalmente relevantes.<sup>242</sup>

Nesse sentido, deve-se identificar de que forma cada um dos agentes- pessoa física- concorreu para a prática do delito, tarefa árdua ante estruturas complexas das empresas contemporâneas, com dialógica de subdivisão em departamentos e setores dedicados a cada área, havendo cooperação entre si, por vezes. Nessas grandes corporações, impossível presumir que o presidente conhece da tarefa e fiscaliza a atuação de todos os seus prepostos.

Entretanto, tendo os setores gerenciais e de chefia contribuído para a efetivação da conduta criminosa, devem este ser penalizados, reiterando-se a premência de identificação da concorrência específica de cada um dos agentes no delito.

Dessa forma, infere-se que a prática de ilícito penal pela empresa não condiciona, necessariamente, a responsabilização penal de diretor, administrador ou gerente, desde

---

<sup>242</sup> Bessa, Leonardo R. Marques, Claudia L. Benjamin, Antonio H.V. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 484.

que não comprovada a sua atuação direta para a sua concretização.<sup>243</sup> Dessa forma, o fenômeno da responsabilidade criminal da pessoa jurídica encontra aplicação ainda mais dificultosa: insuficiente o respaldo probatório para indicar precisamente a conduta de cada pessoa física, inviabiliza-se a responsabilidade da empresa. Em suma, a responsabilidade penal da pessoa jurídica estaria condicionada à das pessoas naturais (conforme jurisprudência), mas a responsabilidade destas não dependeria da responsabilidade do ente jurídico.

Além dos crimes descritos nos arts. 62 e ss. do CDC, a criminalização dos diretores, gerentes e administradores em legislação extravagante, observando, sempre, segundo a doutrina majoritária, a responsabilidade subjetiva. São eles: A Lei Falimentar (Decreto-lei 7.661/45), equiparando essas pessoas naturais ao devedor ou falido quanto à responsabilidade penal; a lei instauradora do Conselho Monetário Nacional (lei 4.595), tratando da atuação dos diretores e administradores das pessoas jurídicas enquanto instituições financeiras; a lei 4.127, que cuida do abuso de poder econômico, ao dispor acerca da responsabilidade penal dessas figuras que incidem nessa prática; a Lei dos Crimes de Colarinho Branco, penalizando diretores e gerentes responsáveis por instituições financeiras. Destaca-se, outrossim, o crime do art. 177 e seus incisos do Código Penal de 1940, ao tratar de fraudes e abusos no processo fundacional de sociedades por ações.<sup>244</sup>

## 7. CONCLUSÃO

É palpável a grande resistência da doutrina e jurisprudência contemporâneas acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, filiando-se ao ditame *societas delinquere non potest*, principalmente à luz do princípio da culpabilidade. Sem embargo, a tendência das construções acadêmicas internacionais é no sentido de sua aceitação. Deve a academia forense brasileira, portanto, atentar-se à viabilidade de estender a aceitação desse entendimento para além da seara ambiental, de forma a coibir a manutenção de práticas nocivas aos consumidores. Em consonância com o fundamento da República da tutela à dignidade humana, além de resguardar, de forma mais eficaz, o preceito

---

<sup>243</sup> Bessa, Leonardo R. Marques, Claudia L. Benjamin, Antonio H.V. *Manual de direito do consumidor*. Cit., p. 485.

positivado no art. 5, inc. XXXII do Texto Constitucional, que determina defesa do consumidor, a alternativa mais efetiva para tolher e erradicar práticas abusivas e irregulares frente a estes, em posição de vulnerabilidade, é a ameaça da sanção penal, que, além de ensejar prejuízo pecuniário, ainda tem o condão de paralisar ou finalizar o exercício da atividade econômica.

## REFERÊNCIAS

Bessa, Leonardo R. Marques, Cláudia L. Benjamin, Antonio H.V. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Emerson G. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra as relações de consumo*. Disponível em: <http://www.adpesp.org.br/artigos-exibir?art=158>. Acesso em: 17.set.2017.

DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2005.

FONSECA, Antônio César Lima da. *O fornecedor-pessoa jurídica como sujeito ativo nos crimes contra as relações de consumo*. Disponível em: [http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1283280108.pdf](http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283280108.pdf). Acesso em: 14.set.2017.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz R. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações*. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>. Acesso em: 14.set.2017.

Tartuce, Flávio. *Manual de direito do consumidor volume único*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016

## OS MEIOS ALTERNATIVOS À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A INFLUÊNCIA DOS CONSUMIDORES NAS POLÍTICAS DAS EMPRESAS.

Gabriel Lopes Alfradique Alves<sup>245</sup>

João Pedro Vasconcellos de Sá Rego<sup>246</sup>

Pedro Filgueira de Souza Marques<sup>247</sup>

**Resumo:** O artigo se destinará à apresentação do sistema jurídico-normativo, nacional e internacional, de proteção ao consumidor. Com base nesta estrutura, analisaremos a efetividade de medidas alternativas de proteção, no contexto moderno. Para isso, iremos utilizar o exemplo de sites de reclamações (públicos ou privados) e sua influência no comportamento empresarial. Por fim, iremos verificar o potencial deste tipo de instrumento, no que concerne à redução de casos no Poder Judiciário, atualmente sobrecarregado.

**Palavras-chave:** Consumidor. Meios alternativos. Código de Defesa do Consumidor.

**Abstract:** This article will be devoted to the presentation of the law system (national and international) of consumer protection. Based on this structure, we will analyze the effectiveness of alternative protection measures in the modern juridical context. For this purpose, we will use the example of complaint sites (public or private) and their influence on business behavior. Finally, we will verify the potential of this type of instrument, regarding the reduction of cases in the judiciary that is currently overloaded.

**Keywords:** Consumer. Alternative means. Code of Consumer Protection.

### 1) O Consumidor e o Tratamento jurídico

A construção do Direito do Consumidor, como o compreendemos atualmente, se deu no contexto pós revolução industrial. A complexificação dos meios de produção, em cadeias grandes e ramificadas, se mostrou um impulso ao aumento de capital e lucro do sistema industrial ou de serviços.

---

<sup>245</sup> Bacharelado em Direito na Universidade Federal Fluminense.

<sup>246</sup> Bacharelado em Direito na Fundação Getúlio Vargas.

<sup>247</sup> Bacharelado em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro

Nesse contexto, deu-se início à formação de sociedades empresárias, organizadas e habituais. A distinção entre o patrimônio dos sócios e das sociedades – enquanto personalidade jurídica autônoma – foi um outro relevante marco. Essa possibilidade intensificou o processo de desigualdade crescente entre consumidores e “empresas”, na organização social clássica.

Assim sendo, fez-se necessário criar uma limitação jurídica a esse poder não-estatal, que se concentrava nos entes privados. O advento de um sistema diferenciado, capaz de equilibrar a relação contratual entre consumidores e fornecedores, tornou-se um imponderável dever do Direito, que não poderia se manter alheio ao abismo de força e poder que distinguia os dois polos da relação. No constitucionalismo moderno, a tutela diferenciada dos consumidores se faz um dos padrões recorrentes na técnica jurídica. Em um Estado Democrático de Direito – principalmente nas democracias liberais – essa vertente possui um papel essencial, servindo de baliza para as relações base de toda a economia capitalista.

Um marco dessa perspectiva foi o discurso do Presidente John Kennedy, em 1962, que se inicia com a frase: “Consumidores, por definição, somos todos nós”. Defendeu, em sua fala, a necessária proteção a esse grupo econômico, por parte do Estado, que deveria tutelar seus interesses. Do contrário, todo o desenvolvimento e crescimento do país estariam em cheque.

Nas décadas seguintes, iniciou-se um movimento de codificação dos direitos dos consumidores, nos países de *Civil Law*, e de um avanço jurisprudencial nessa mesma linha, nos países de *Common Law*. A trajetória não foi simples, para que se chegasse à proteção atual. Avanços e retrocessos foram constantes, como em todos os âmbitos do Direito. Entretanto, pode-se dizer que foi encontrado um relativo equilíbrio, capaz de garantir condições básicas para os indivíduos.

## **1.1 Direito Comparado**

Para compreender a relevância do tema, é válido ressaltar que ordenamentos de todo o mundo tutelam de maneira diferenciada a relação de consumo. Apesar desse contexto não ser vinculante para o Direito brasileiro, é uma fonte primordial de argumentos e bases de construção legal.

Na França, o tema é regulado pelo *Code de La Consommation*<sup>248</sup>, criado em 1978, para equilibrar as relações e estabelecer métodos preventivos de práticas abusivas por parte dos profissionais da área. No país, consumidor é aquele que se utiliza de um contrato para a plena realização de alguma de suas necessidades. Nesse sentido, amplo é o conceito e sua aplicação no local.

Na Itália, a Lei 281<sup>249</sup>, criada em 1998, disciplina a matéria. No país, tratam da mesma hipótese de consumo, descrita na França, com a exceção de que estas disposições não podem ser aplicadas àqueles que exercem atividade empresarial ou profissional. Nesta linha, apenas seriam consumidores os cidadãos comuns, que não buscam naquele produto uma ação empreendedora posterior.

Na Suíça, não há uma legislação própria da matéria, mas ela é regida pela Lei Complementar do Código Civil. A definição é mais aberta, deixando uma maior margem de discricionariedade ao intérprete da norma. Entretanto, tutelas são expressamente previstas, garantindo um alto grau de segurança para os envolvidos nas relações consumeristas<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> Disponível em <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>

<sup>249</sup> Caderno Jurídico Escola Superior do Ministério Público de São Paulo Ano 3 - Vol 2- n.º 6 - janeiro/2004, O DIREITO DO CONSUMIDOR NO 3.º MILÊNIO

<sup>250</sup> LIMA MARQUES, Claudia. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. Página 19. In verbis: “Segundo KROPHOLLER, as normas de proteção especiais de proteção dos consumidores, como agentes mais fracos no comércio internacional, deveriam seguir o seguinte método: respeitar a aplicação das normas imperativas (em alemão, Sonderregelung für zwingende Normen), 115 elaborar normas por tipos contratuais ou temas 116, usar normas bilaterais clássicas, 117 optar por elementos de conexão objetivos, e, no caso dos contratos de consumo, optar por outra conexão do que a da prestação característica, 118 dando preferência a conexões da esfera contratual do mais fraco (Recht der Vertragsphäre des Schwächeren), assim como limitar a autonomia da vontade ou possibilidade de escolha da lei por parte do fornecedor, comerciante ou parte



Além desses países, exemplos na produção jurídica, também existe uma influência enorme das Organizações Internacionais. Afinal, em um contexto globalizado e de dependências mútuas – trazido pela pós-modernidade – é necessária uma inter-relação harmônica entre esses diversos sistemas legais, para uma efetiva proteção do grupo.

A Resolução 39/248<sup>251</sup> da Organização das Nações Unidas (ONU), ao estabelecer recomendações aos países sobre premissas básicas que as políticas públicas deveriam ter no que tange à proteção das relações de consumo no âmbito internacional, alertou para os custos e benefícios que legislações sobre o tema invariavelmente iriam considerar (FILOMENO, 1999, P. 120.)

A Resolução apresenta 6 princípios<sup>252</sup> gerais, que devem guiar a produção normativa e atuação estatal direta. Estas bases são, em linhas gerais: a proteção da saúde dos consumidores, seus interesses econômicos, acesso à informação, educação, reparação de danos e a sua possibilidade de se organizar em grupos. Além disso, a Resolução ainda reforça a necessidade de uma cooperação internacional, para a concretização e efetivação desses objetivos.

## 1.2 Direito Brasileiro

O Brasil seguiu esse histórico internacional de valorização do tema, no mesmo período em que crescia a sua relevância global. A proteção dada ao consumidor - a partir da Constituição de 1988 – é o principal indicativo da importância que a matéria possui no ordenamento jurídico pátrio. Ao adentrar em um período democrático, o primeiro diploma jurídico já expressava a relação intrínseca com essa garantia.

---

contratual mais forte, 119 e impor correções com cláusulas de ordem pública 120 e cláusula escapatória, 121 a exemplo da atual lei suíça”.

<sup>251</sup> Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21426-21427-1-PB.pdf>

<sup>252</sup> The legitimate needs which the guidelines are intended to meet are the following: (a) The protection of consumers from hazards to their health and safety; (b) The promotion and protection of the economic interests of consumers; (c) Access of consumers to adequate information to enable them to make informed choices according to individual wishes and needs; (d) Consumer education; (e) Availability of effective consumer redress; (f) Freedom to form consumer and other relevant groups or organizations and the opportunity of such organizations to present their views in decision-making processes affecting them. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21426-21427-1-PB.pdf>.

Nossa Carta Magna, nesse aspecto, avançou bastante, ao garantir que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art.5º, XXXII, CF). Portanto, este projeto ganhou caráter de política de Estado, tornando-se insuscetível a preferências do poder legislativo, por tratar-se de direito fundamental. Ressalte-se, ainda, que este dispositivo é elevado à cláusula pétrea, com base no artigo 60, § 4º, IV, da CF.

Com base nisso, foi criado o Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Esse marco legislativo foi de suma importância para que se estabelecesse no Brasil uma cultura de respeito a esse grupo econômico essencial. Este instrumento se propõe a não estimular apenas uma política *punitivista*, mas também instituir um modelo de atuação que as empresas devem seguir.

Neste contexto, mostraremos como canais alternativos de atendimento ao consumidor, de uma maneira inovadora, alcançam os mesmos objetivos dessa estrutura jurídico-normativa. Para isso, trataremos das avaliações de empresas - realizadas pelos próprios consumidores - em sites estatais e privados, e sua influência na atuação desses mesmos atores, no cenário mais amplo. Além disso, como aspecto final, abordaremos o impacto do CDC no crescimento das demandas judiciais, e a efetividade dessa tutela não vinculada ao Poder Judiciário na redução do problema.

## 2) A Alta demanda do Poder Judiciário

Não é novidade que o número de demandas que chegam ao judiciário brasileiro é alto, dado o seguido recorde no número de ações que tramitam em nosso Sistema de Justiça, divulgados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça.<sup>253</sup> E quando se trata do Direito do Consumidor, constata-se que, segundo o último relatório do *Justiça em Números*, divulgado pelo CNJ referente ao ano de 2016, o tema é um dos mais

---

<sup>253</sup> <https://www.conjur.com.br/2016-out-17/102-milhoes-processos-passaram-judiciario-2015>  
<https://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>

demandados nos Tribunais Brasileiros, representando 18,45% dos processos que chegam aos Juizados Especiais, e 15,27% dos processos nas Turmas Recursais.<sup>254</sup>

O número de processos que estão em tramitação na justiça hoje é de aproximadamente 110 milhões. E tendo como parâmetro os números apresentados no referido relatório, nota-se que a diminuição desse acervo de processos não dependerá exclusivamente do aumento produtividade dos tribunais, dado que o número de novas demandas que chegam anualmente ao Poder Judiciário é crescente. Mas quando analisamos conjuntamente os dados, identificamos que o número de demandas, sobretudo as relacionadas a consumo, poderiam ser muito menores, e contribuir para diminuir o gargalo de processos que chegam ao Judiciário. Isso porque tais demandas se resolveriam facilmente com o auxílio dos órgãos da administração pública que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, como os Procons, por meio de atuações preventivas e com fiscalizações nas empresas, objetivando que o conflito nem mesmo surja. E também com atuações após o surgimento do conflito, com estes entes estatais intermediando a relação entre consumidor e empresa. E em ambas as hipóteses, acrescentamos ainda a possibilidade de se dirimir os conflitos com a conciliação, e outros meios não estatais, como o site de avaliações de consumo, *Reclame Aqui*, que por meio dos seus índices de confiança, encaminham o consumidor aos vendedores com melhores desempenho no pós-venda.

## 2.1 A Cultura do Litígio

Segundo Gilmar Ferreira Mendes<sup>255</sup>, um dos pressupostos para o desenvolvimento de qualquer país é a construção de um judiciário forte e eficiente, mas para isso deve-se combater a *cultura judicialista*, segundo a qual o judiciário é convocado a se pronunciar sobre todos os temas, inclusive naqueles em que seu pronunciamento poderia ser

---

<sup>254</sup> <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/100d387b0339d6d8544a29e30a3b2150.pdf>. Pag, 167 e 168.

<sup>255</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no País.** Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/discParisport1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/discParisport1.pdf). Acesso em 18/11/2017

facilmente dispensável. Não queremos dizer com isso que o Poder Judiciário não deva se pronunciar, aliás, o princípio da inafastabilidade do Controle Jurisdicional é um dos princípios constitucionais basilares de nosso Estado Democrático de Direito (Art 5º, Inc. XXXV), e garante que toda demanda possa ser apreciada pela Justiça. Mas sim, que deve haver uma racionalidade no uso dos mecanismos disponíveis, de forma que, as demandas que surgem diariamente nas relações de consumo tenham o poder judiciário como “última trincheira”, e não como primeira, e única forma de solucionar conflitos.

### **3) Os principais meios alternativos de solução de Conflito**

Neste tópico, apresentaremos alguns dos principais mecanismos que o consumidor possui como alternativa ao início de um processo judicial. E tais mecanismos não são necessariamente estatais, são bastante inovadores, e em alguns casos o que levou a criação desses mecanismos foi a ineficiência dos SACs das empresas, que por vezes tomam o tempo do consumidor com ligações longas e cansativas.

#### **3.1 Os Procons.**

O Procon é um dos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, e surge como uma das formas de se efetivar o ditame constitucional presente no Art 5º, XXXII, “O Estado promoverá a defesa do consumidor”. Trata-se de um órgão administrativo, no qual é fornecido orientações aos consumidores, fiscalização de estabelecimentos comerciais, dentre outras atribuições. O órgão recebe reclamações fundadas dos consumidores e instaura processos administrativos para apurar o relatado, e promove com isso audiências de conciliação com as empresas e consumidores. No Estado do Rio de Janeiro, o Procon/RJ é regulado pela Lei Estadual nº 5738/2010, e o consumidor pode obter atendimento através do telefone 151.

#### **3.2 O Site Consumidor.Gov**

A criação desse meio foi de iniciativa da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, e está disponível aos consumidores e empresas interessas em se cadastrar desde 2014. Nele, o consumidor registra uma reclamação e a empresa se compromete em analisar no prazo máximo de 10 dias<sup>256</sup>. E após a resposta, o consumidor avalia em até 20 dias se sua demanda foi resolvida ou não. De posse desses dados, o portal cria estatísticas que indicam o grau de satisfação do consumidor com o atendimento, prazo médio de respostas e etc. além disso, é possível consultar o inteiro teor de reclamações realizadas por outros consumidores, a partir de buscas com filtros.

A importância de sites como esse está ligado a possibilidade de o consumidor resolver os seus problemas diretamente com as empresas, em um ambiente monitorado, com empresas que só participam após assinarem termos de cooperação. E as informações geradas possibilitarem que outros consumidores tenham maiores informações antes de realizar compras, e minimizar os riscos dos seus negócios, podendo assim ajudar no aprimoramento das relações de consumo. Atualmente o índice de solução de conflitos é de 80%, e o prazo médio de resposta é de sete dias, segundo André Luiz dos Santos<sup>257</sup>, diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC).

### 3.3 Site Reclame Aqui

Criado pelo empresário Maurício Vargas no ano de 2001, o site é um dos maiores sites disponíveis para o consumidor tanto buscar reputações de empresas, quanto para tentar resolver seus problemas com alguma empresa. A lógica de funcionamento do site é expor os principais problemas encontrados por consumidores, e criar parcerias com diversas empresas, que ao verem seu nome em um site como esse, tentam ao máximo solucionar os problemas apontados por seus consumidores. Atualmente, o número de pessoas que acessam o site é muito expressivo, por volta de 12 milhões de acessos mensais, e desses, 92% realizam pesquisa de reputação sobre as empresas. Ao longo dos

---

<sup>256</sup> Informações quanto ao tempo médio de atendimento disponível em <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1>

<sup>257</sup> Entrevista dada ao Jornal O Globo em 28/08/2016, disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/em-busca-de-alternativa-para-evitar-aco-es-na-justica-20006727#ixzz4yz6dKCJv>

mais de 15 anos em funcionamento, as empresas perceberam que o seu nome no site não significaria necessariamente algo negativo, pois se elas manterem bons índices, o consumidor facilmente irá realizar uma compra ou contratará um serviço com a mesma. O site está disponível no endereço eletrônico [www.reclameaqui.com.br](http://www.reclameaqui.com.br).

### **3.4 Expressinho – TJRJ**

É um modelo pioneiro implantado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde desde o ano de 1999 começou a operar, e decorreu da necessidade de agilizar os processos distribuídos nos juizados especiais. Nele, o consumidor formaliza oralmente sua reclamação a um preposto da empresa reclamada, que é acompanhado por um conciliador do Tribunal, e com isso, a empresa se dá por citada e celebra o acordo. Por fim, um juiz togado homologa o acordo, que passa a ter força de sentença transitada em julgado. Tal mecanismo é efetivo pois o consumidor consegue em um só ato processual ver sua pretensão revolvada. Tal iniciativa é amparada pela lei 9099/95, pois atende aos princípios da simplicidade, economicidade e informalidade. Os locais e as empresas participantes podem ser encontrados em <http://cgj.tjrj.jus.br/projetos-especiais/expressinho>.

### **3.5 Twitter, Facebook e outras redes sociais**

Com o século da modernidade, diversas empresas buscam formas mais céleres de eficazes de ter contato com o seu público consumidor. Soma-se a isso ao elevado número de consumidores que possuem redes sociais, temos mais uma forma do consumidor expor seu problema e ele se tornar acessível para milhares de outros consumidores. Com apenas algum clique, por exemplo, é possível que um assinante de uma companhia telefônica relate ao mundo que seu telefone não está funcionando. E com isso, a empresa tenha sua imagem afetada, por indicar que não presta um bom serviço. Por isso quando o consumidor reclama através de uma rede social, prontamente a empresa entra em contato com ele, e há uma inversão no que tradicionalmente ocorria, em que o consumidor esperava por horas para ser atendimento no telefone por um SAC.

#### **4) Perspectivas no Comércio Eletrônico Brasileiro**

O Brasil é um grande mercado consumidor e ao longo dos anos tomou posições de destaque no cenário mundial. Segundo pesquisa<sup>258</sup> encomendada pelo Paypal ao IDC, o consumidor brasileiro representa ao menos metade do e-commerce latino americano. E além disso, há previsões de que até no ano de 2018 um crescimento de 30% nesse tipo de comércio.

#### **5) O comportamento do consumidor na hora da compra e as informações sobre as empresas**

Diante desse cenário bastante promissor, torna-se evidente que toda empresa que visa ter ampla visibilidade e participação nesse crescimento deve atentar-se às novas exigências do mercado, sobretudo nesse ramo, que tem como um dos principais atrativos, segundo Kotler (2000), a possibilidade de os consumidores encontrarem dados comparativos sobre os produtos, empresas e toda a concorrência sem deixar o seu domicílio. Com isso, temos que atualmente a base de dados disponível ao consumidor é muito mais ampla que há algumas décadas, visto que antes era necessária uma ida ao local físico do estabelecimento comercial para poder realizar alguma espécie de análise comparativa. E agora com a ampliação da base amostral, o cliente tem como realizar uma escolha mais acertada, seja quanto aos valores, mas também com relação a reputação daquele que procede com a venda.

O impacto que reclamações realizadas em ambientes online como o reclame aqui foi objeto de pesquisa<sup>259</sup>, em que a partir das análises de dados, coletados no site Reclame Aqui, revelou o quanto tais informações impactam na acerca da lealdade do consumidor à marca e os antecedentes tais como a reputação. Dessa forma, sugerem as autoras do

---

<sup>258</sup> <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/pesquisa-mostra-perfil-do-consumidor-latinoamericano/>

<sup>259</sup> ALMEIDA, Tatiane Nunes Viana e RAMOS, Anatólia Saraiva Martins. Os impactos das reclamações on-line na lealdade dos consumidores: um estudo experimental. *Rev. adm. contemp.* [online]. 2012, vol.16, n.5, pp.664-683. ISSN 1982-7849. <http://dx.doi.org/10.1590/S1415-65552012000500003>

artigo ora em referência que a partir dessa constatação, torna-se praticamente obrigatória a necessidade das empresas acompanharem as reclamações que os consumidores realizam no ambiente online a seu respeito, dado que o perfil de consumidor com o ambiente virtual a sua disposição é outro (consumidor mais informado dos seus direitos). E por isso deve-se buscar a satisfação dos clientes em todas as etapas da compra, sobretudo no pós-venda, com o monitoramento da insatisfação dos clientes.

## **6) O CDC e as Empresas**

No que tange ao modo como as empresas se comportam perante o consumidor, estas tiveram um grande impacto após a implementação da Lei 8.078/90, que instituiu a proteção aos consumidores a partir do Código do Consumidor. Por meio dessa nova legislação, tentou-se reequilibrar uma relação de desigualdade. Nesse sentido, o consumidor passou a ter uma proteção Estatal mais eficiente, numa tentativa de reequilíbrio das partes numa relação historicamente desigual.

Mas nesse cenário, torna-se quase instintivo questionar o quanto que tal legislação tornou-se efetiva nesses 27 anos<sup>260</sup> de vigência do atual Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Em pesquisa<sup>261</sup> publicada pela Escola de Administração de Empresas da FGV/SP compilaram-se, através de uma análise quantitativa, diversos dados para clarificar as principais demandas existentes na relação consumidor-empresa. E com isso, compreender como as empresas têm aplicado o CDC e como este afeta sua rotina. Dentre os diversos setores de uma empresa (comercial, serviços, industrial, financeiro), aquele que mais recebe reclamações é o setor de serviços. Entende-se que tal destaque se dá pelo fato de ser uma área em que a reparação é menos cartesiana, técnica. Por esta razão, há uma reparação menos dinâmica que a de outros setores.

---

<sup>260</sup> <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/09/codigo-de-defesa-do-consumidor-completa-25-anos>

<sup>261</sup> <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5843/1199902568.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



A pesquisa analisou o funcionamento de determinadas empresas e seus principais desafios no que concerne à problemas nas relações de consumo. Ao analisar o nicho do ramo automobilístico, o problema mais enfrentado pelos consumidores está no tempo em que se leva para, efetivamente, se consolide uma solução. Problemas como reposição de peças defeituosas estão entre os mais frequentes. E nesse sentido, temos que as únicas duas soluções possíveis para tais problemas, são executadas desrespeitando o CDC.

A primeira ocorre quando a reposição é executada com atraso, e com isso o descumprimento daquilo que é previsto no CDC, norma essa que apresenta determinação legal de manter em estoque as peças para reposição e reparos, de modo a evitar eventuais demoras. A segunda engloba tanto a possibilidade de devolução do veículo defeituoso para troca quanto a devolução do valor pago pelo consumidor, conforme disposto no Artigo 18, §1 do CDC. E a pesquisa analisada concluiu que nenhuma das empresas ora em análise optou pelo caminho da segunda solução, mais uma vez, reforçando a dificuldade do alinhamento das empresas para com o Código do Consumidor. Entretanto, diferentemente, o ramo de eletrodomésticos, que tem solucionado as demandas dos consumidores de forma rápida, o consumidor que deseja pleitear uma ação para valer seus direitos quanto a um carro, não se vê com muitas opções. Uma vez que a ação só poderia ser ingressada no Judiciário, e não nos Juizados de Causas especiais, que tem por objetivo a agilidade no processo jurisdicional, pelo valor de um carro ultrapassar o teto que permite o ingresso da causa em Juizados Especiais.

Além de dados quantitativos, esta pesquisa focou na entrevista das empresas (cujos nomes foram substituídos pelas letras A B e C) para acrescentar a pesquisa o lado mercadológico e suas medidas de alteração frente a implementação do CDC. A empresa A, que atuava no comércio varejista de produtos de vestuário, mantinha uma política de atendimento ao cliente, basicamente para trocas, antes do Código do Consumidor entrar em vigor. A partir da vigência do CDC, tal empresa não teve de se modificar quanto a interação com o cliente, mas melhorou sua percepção para anúncios publicitários e nas

etiquetas informacionais de seus produtos. E com isso, as 16 reclamações protocoladas contra a empresa A no PROCON-SP, eram em sua grande maioria estão relacionadas com problemas no setor financeiro, não tendo relação com o atendimento direto ao cliente.

Quanto a empresa B, uma indústria multinacional química, foi pioneira na implementação do atendimento telefônico para ouvir as sugestões de seus consumidores. A política da empresa é rapidez e transparência na resposta. Com a implementação do CDC, esta também não foi muito afetada no que no ponto tratou com o consumidor, pois já havia todo um trabalho anterior que que facilmente foi implementado ao CDC. No geral, a maior mudança adotada pela empresa foi para com as embalagens dos produtos, que se tornou conteúdo obrigatório, além de diversos outros detalhes dentro desse tópico, como legibilidade e disposição dos rótulos na própria embalagem. Por ser uma empresa que tem por nicho o mercado industrial e foco na distribuição, não havia reclamações registradas no PROCON-SP, no ano de 1998.

Com relação a empresa C, uma das maiores redes de livrarias do país, esta tem estabelecido, mesmo antes da obrigatoriedade na legislação do CDC, uma política de atendimento ao cliente muito eficiente, em que as demandas e sugestões realizadas por estes se converteram em mudanças práticas, como a implementação de vale presente e cartão fidelidade. O real impacto do CDC na política desta empresa se deu na revisão prévia de todo o conteúdo utilizado para propaganda midiática. Tal medida tem se mostrado efetiva, uma vez que a empresa não teve uma reclamação sequer registrada no PROCON-SP.

A pesquisa concluiu que, os principais motivos de reclamação por parte do consumidor estão no atraso na entrega dos produtos e na má prestação dos serviços, sendo baixo o índice para com problemas com a rótulo e propaganda. Quanto as empresas que foram citadas na pesquisa, estas tiveram mudanças para a implementação de normas do CDC, mas focaram no entendimento de que tal mudança se deu para o melhor relacionamento com o cliente e não por simples determinação legal. Os dados referentes a reclamação

no PROCON são um contraponto a essa justificativa e colaboram para um melhor entendimento da efetividade de tais mudanças. A pesquisa notou ainda um crescimento na procura dos meios de reivindicação de direitos, como o PROCON, após a consolidação do Código do Consumidor, demonstrando que a conscientização do polo mais frágil das relações comerciais está trazendo um nivelamento da mesma.

## **7) Conclusão**

O Código de Defesa do Consumidor e sua implementação trouxeram grandes mudanças no posicionamento das empresas em sua relação com o consumidor, mesmo que as ações efetivas tenham sido focalizadas em tópicos mais formais (como informações de rótulo e propaganda), além de criar uma noção de um rol de direitos que foi inaugurado ao consumidor. A criação dos JECs (lei 9.099/95) foi de grande apoio para a ratificação do consumidor como sujeito de direitos nas relações comerciais, pela sua rapidez e praticidade ao ajuizar uma ação. De todo modo, o CDC impactou os dois lados dessa relação jurídica, e possibilitou que os mecanismos de proteção às relações de consumo evoluíssem. Entretanto, o uso excessivo do Judiciário para solucionar problemas simples ligados às relações de consumo indica que o Estado deve promover os meios alternativos apontados neste artigo, e fortalecer os órgãos administrativos, para que regulem de forma mais efetiva as relações de consumo, de modo que o número de demandas diminua, tendo em vista que estar-se-ia combatendo o problema na sua origem.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALERJ, **Lei nº 5738, de 07 de junho de 2010**. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/b38474df917cd9118325773c0068141e?OpenDocument> Acesso em 16/11/2017 às 11:23

ALMEIDA, Tatiane Nunes Viana e RAMOS, Anália Saraiva Martins. **Os impactos das reclamações on-line na lealdade dos consumidores: um estudo**

**experimental.** *Rev. adm. contemp.*[online]. 2012, vol.16, n.5, pp.664-683. ISSN 1982-7849. <http://dx.doi.org/10.1590/S1415-65552012000500003>. Acesso em 18/11/2017 às 10:15

CAMPOS, André Medeiros. *O acesso à Justiça no Direito Brasileiro e a importância do PROCON como uma forma alternativa para resolução de conflitos.* 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31695/o-acesso-a-justica-no-direito-brasileiro-e-a-importancia-do-procon-como-uma-forma-alternativa-para-a-resolucao-de-conflitos>. Acesso em 16/11/2017 às 12:30.

HAMBURGER. João Luis. **Código de Defesa do Consumidor. Como as Empresas convivem com ele?** 1999. FGV. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5843/1199902568.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 16/11/2017 às 21:29

KOTLER, PHILIP (2000). *Administração de Marketing*. 10a Edição. São Paulo, Prentice Hall.

LACERDA MARTINS, Plínio. O conceito de consumidor no direito comparado.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no País.* Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anelxo/discParisport1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anelxo/discParisport1.pdf). Acesso em 18/11/2017, às 12:23

OLIVEIRA, Júlio Moraes. *A importância do Discurso do Presidente John Kennedy para o Direito do Consumidor.* 2016. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/47308/a-importancia-do-discurso-do-presidente-john-kennedy-para-o-direito-do-consumidor>. Acesso em 20/11/2017 às 14:57

QUINAUD PEDRON, Flávio e MACHADO CAFFARATE, Viviane. *A Evolução Histórica do Direito do Consumidor.* PUC/MG.

## O DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DE NOVOS PARADIGMAS.

Lucas de Souza e Oliveira<sup>262</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. Construção histórico-doutrinária do Direito à Privacidade 2. O surgimento histórico do Direito do Consumidor 3. O Direito à Privacidade e o Direito do Consumidor 4. Conclusão

**Resumo:** neste trabalho, far-se-á um estudo acerca da interseção entre o direito à privacidade e o direito do consumidor sob a ótica dos novos aparatos institucionais que vem sendo projetados ao redor do mundo para a proteção dos dados pessoais, uma vez que, na era do capitalismo informacional, os grandes agentes econômicos detêm grande poder de coletá-los e, a partir daí, não só vendê-los, o que torna, de certa forma, a pessoa numa mercadoria, como também fazer outros usos os quais podem ser bastante socialmente danosos.

**Palavras-chave:** direito à privacidade; direito do consumidor; dados pessoais.

**Abstract:** in this article there will be made an analysis about the intersection between the right to privacy and consumerist law under the perspective of new institutional tools which are being developed all around the world in order to protect personal data, since, in the informational capitalist age, the big corporations have a very big amount of resources to collect them and, from it, to commercialize this data, what, in a certain way, turns the person from which the data is collected into a product, and also harm social interests in many other ways.

**Key-words:** right to privacy; consumerist law; personal data.

---

<sup>262</sup> Graduando em Direito, 5º (quinto) período, pela Universidade Federal Fluminense. Monitor da disciplina de Filosofia do Direito e vinculado ao Departamento de Direito Público.

## **Introdução**

O presente artigo tem como seu essencial propósito uma análise crítica do direito à privacidade na sociedade de consumo. Acredita-se que o primeiro, em meio a estruturação social do século XXI, não pode ser encarado da mesma como sempre foi, ou seja, sobretudo como um direito defensivo e oponível sobretudo ao Estado. Mais do que isso, tentar-se-á demonstrar que, para sua proteção em tal momento histórico, é necessária a construção de todo um novo aparato institucional, ainda bastante incipiente no mundo, e, principalmente no Brasil.

Para tanto, o mesmo será dividido em três tópicos principais, quais sejam: o primeiro referente ao objeto central do estudo, o direito à privacidade, em que se abordarão sua construção histórica e seu desenvolvimento em sede dogmática; outro em que será feita breve análise do desenvolvimento do direito do consumidor sob a ótica da sociedade de consumo, uma vez que, apesar de a ligação entre esses dois elementos, e até mesmo por que e como surgem tal ramo jurídico, parecerem bastante evidentes, é necessário, por questões de rigor científico, e até para que se entenda a discussão travada neste trabalho, faz sentido o esforço dispendido no intuito de elucidar tais fatores minimamente, e, por fim, dedicaremos a última parte do texto a escrever sobre como se dá, ou, ao menos, como deveria, na concretude, a transversalidade entre o direito à privacidade e o direito do consumidor, de modo que abordaremos longamente o ainda embrionário tema da proteção de dados pessoais.

### **1. Construção histórico-doutrinária do Direito à Privacidade**

Antes de um estudo mais detalhado acerca das múltiplas facetas doutrinárias que hoje se reputam ao direito à intimidade, é válido um breve estudo do contexto histórico no qual toda essa discussão se origina e se torna possível; muito embora assim faça parecer um estudo meramente dogmático do fenômeno jurídico, este não repousa no vazio da atemporalidade, sendo suas mudanças e paradigmas altamente ligados às bases materiais da sociedade no qual ele se expressa.

Quanto ao direito à intimidade ou, se traduzirmos da expressão em inglês, *right to privacy*, direito à privacidade, pode-se afirmar que este só se torna possível, ao menos como concebemos hoje, a partir do desenvolvimento das camadas burguesas, de modo que se torna possível, também em uma configuração familiar a nossos tempos, uma distinção entre dois domínios distintos, quais sejam, o público e o privado. Fugiria aos nossos propósitos aqui discutir como isso se deu, valendo, porém, mencionarmos que, com todas essas transformações, consolida-se, paulatinamente, o estilo burguês de família, no qual o indivíduo forma-se na intimidade de seu lar, ou, mais especificamente, na intimidade de seu próprio cômodo. Mesmo a arquitetura das casas muda; os espaços destinados à vida comum são reduzidos e os quartos, para cada pessoa, ganham proeminência<sup>263</sup>. Temos, aqui, portanto, os pilares materiais para a experimentação da própria subjetividade, para, nos precisos termos de Habermas, “a emancipação psicológica”<sup>264</sup>.

A partir daí, temos que a primeira ideia de privacidade, ao menos, como já se disse, sendo importante ressaltarmos<sup>265</sup>, nos moldes da modernidade, é bastante próxima – o que só corrobora a ideia de que a dogmática se assenta na própria estrutura social de onde exsurge – àquela exposta pela maior parte da doutrina quando de sua definição elementar, que seria, ressalvadas as variações de autor para autor, aquela dimensão da vida de uma pessoa sobre cujas informações ela tem total controle<sup>266</sup>, tendo sua importância como pilar o fato de que “A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental.”<sup>267</sup>

---

<sup>263</sup> RIEHL, Heinrich. *Die Familie*. Stuttgart, 1897, p. 174 e 79. apud HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, 2011, p. 166.

<sup>264</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, 2011, p. 167.

<sup>265</sup> A relevância disso baseia-se em que, na Grécia Antiga, também é possível apontarmos um domínio do público e um do privado, com a diferença de que este último é visto como secundário e como mera condição de possibilidade da primeira. Nessa sociedade, o valor do indivíduo se mede e se constrói na vida política. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: uma investigação sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, 2011, p. 96 e 97.

<sup>266</sup> PEREIRA, J. Matos. *Direito à informação*. Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, 1980, p. 15. apud SILVA, José Afonso. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 208.

<sup>267</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 280.

Hoje, contudo, para além dessa definição basal, fala-se na intimidade como um *locus* no qual a pessoa se desenvolve enquanto ser humano, isto é, suas próprias potências<sup>268</sup>, de modo que a vida privada não se constituiria como mera possibilidade de um reter informações, mas também como um espaço de exercício da própria liberdade<sup>269</sup>. Interessante notarmos que, mesmo a definição de maior densidade e consonância com o princípio da dignidade humana, consagrado em nossa Lei Fundamental<sup>270</sup>, ainda guarda forte ligação com a forma como o modelo inicial de autocompreensão da burguesia a fazia, tomando a privacidade como uma área da existência na qual era possível agir simplesmente como um indivíduo e desenvolver-se enquanto tal, sem qualquer finalidade que não seja a si próprio ou os demais que o rodeiam<sup>271</sup>, sem, evidentemente, abranger a gama de situações concretas que são hoje abarcadas nesse conceito, como, por exemplo, mudança de sexo em documentos oficiais, como permitira recentemente a Justiça belga<sup>272</sup>.

Para além dessas questões, vale mencionar que a Constituição Federal, no que se refere ao direito à privacidade<sup>273</sup>, faz uma distinção entre inviolabilidade de honra, imagem, privacidade e intimidade. Quanto aos dois últimos termos, muito embora os tenhamos até agora utilizado como sinônimos, sobretudo em função do caráter mais histórico do que propriamente jurídico do qual se revestia o texto até o presente momento, é necessário, em função das demandas do rigor técnico-dogmático, assim como para a completude do que se pretende expor nesse tópico, aludir à distinção realizada pela doutrina, no sentido de que direito à privacidade seria um termo genérico, no qual estariam inclusos os demais elencados<sup>274</sup>. Assim, a proteção assegurada pela privacidade

---

<sup>268</sup>Ibidem. p. 281.

<sup>269</sup>SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 210.

<sup>270</sup>BRASIL. Constituição da república federativa do brasil. 1988, artigo 1º, III.

<sup>271</sup>HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: uma investigação sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, 2011, p. 169.

<sup>272</sup>MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 281

<sup>273</sup>BRASIL. Constituição da república federativa do brasil. 1988, artigo 5º, X.

<sup>274</sup>SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 208.



seria a mais ampla, indo desde hábitos pessoais, inseridos no campo mais particular da intimidade, até a imagem do sujeito<sup>275</sup>.

Quanto a parte atinente à honra e à imagem, nota-se controvérsia doutrinária. De um lado, há quem argumente que sua inviolabilidade constitui, em verdade, um direito de personalidade, distinto da proteção reservada à intimidade e à privacidade<sup>276</sup>. Em sentido diverso, temos trabalhos em que a privacidade, em seu sentido amplo, abrangeria também a defesa contra a veiculação da imagem, principalmente quando por razões econômicas, e, também, em desfavor da propagação de informações falsas ou distorcidas acerca de alguém<sup>277</sup>. No presente artigo, desconsiderando-se a controvérsia entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, adota-se pensamento mais próximo a segunda posição, sem, todavia, deixarmos de esclarecer que o direito à honra, como exposto neste segundo entendimento, não compreenderia, pelo menos explicitamente, em totalidade, seu âmbito de proteção, uma vez que este concerne, até mesmo, às informações verdadeiras, as quais, por lhe ferirem a reputação, dão ao sujeito a faculdade de não lhe expor<sup>278</sup>.

Desta parte da exposição, percebe-se, num aspecto mais global, a quantidade de situações fáticas abarcadas no direito à privacidade, seja por uma ampliação de seu significado em tese, como fazem em seu artigo os advogados Louis Brandeis e Samuel Warren<sup>279</sup>, seja por meio da significação de situações fáticas de modo que estas se encaixem na concepção mais nuclear de tal direito, como no mencionado caso de mudança oficial de sexo, julgado na Bélgica. Como se nota, ainda, esse direito é a projeção jurídica das bases sobre as quais se ergue nossa sociedade. É claro que seria absolutamente equivocado argumentar que vivemos tal qual nos séculos XVII e XVIII,

---

<sup>275</sup>OLIVEIRA, Moacyr. "Intimidade", *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 46/100. apud SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 208.

<sup>276</sup>SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 210.

<sup>277</sup>MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 282.

<sup>278</sup>SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 211.

<sup>279</sup>BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, 1890, p. 193 e s. apud MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 282.

quando o estilo de vida das camadas burguesas começa a se delinear de maneira mais clara e perceptível<sup>280</sup>. Todavia, não se pode afirmar, tampouco, que não haja elementos comuns, ou, ainda, que os pilares fundamentais tenham se modificado tanto a ponto de a privacidade, tal qual colocamos, não mais compartilhar de características essenciais com a sua definição naquela época.

## 2. O Surgimento histórico do Direito do Consumidor

Poderíamos, nesse momento, após um breve estudo histórico-dogmático acerca do direito à privacidade, nos determos a uma análise mais detida quanto a sua inserção na doutrina do direito consumidor no Brasil. Contudo, partindo do mesmo pressuposto da seção anterior, acredita-se que é preciso, antes de mais nada, que se esclareça as bases contextuais nas quais se assenta tal ramo jurídico e, por isso, opta-se por uma investigação sobre a sociedade de consumo, por mais que, devido a falta de espaço, ela seja bastante sucinta.

As condições de possibilidade da sociedade de consumo, isto é, seus fundamentos históricos, encontram-se, assim como a moderna acepção de intimidade, no momento de ascensão das camadas burguesas. Até agora, fizemos a análise deste movimento somente sob a ótica de sua dimensão literária, ou seja, aquela na qual, em decorrência da remodelagem estrutural do núcleo familiar, o sujeito é capaz de explorar e desenvolver sua subjetividade, o que se projeta, por sua vez, na literatura da época; por isso a sua definição como “literária”<sup>281</sup>. Em sua expressão jurídico e econômica, por outro lado, este processo ocorre de maneira que as relações de troca entre os agentes econômicos, de certa forma estimulada já durante o mercantilismo, se torna o modelo basal de compreensão das relações entre as pessoas de uma maneira geral, o que se dá por meio da teoria do negócio jurídico<sup>282</sup>. Dessa maneira, a intersubjetividade, pelo menos que concerne a seu escopo jurídico, passa a ser relevante somente na medida em

---

<sup>280</sup>HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: uma investigação sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, 2011, p. 165 e 172.

<sup>281</sup>Ibidem. p. 173.

<sup>282</sup>Ibidem. p. 213.

que possui um âmbito objetivo, daí falar-se, na teoria geral dos contratos, por exemplo, que este deve possuir um objeto suscetível de apreciação pecuniária<sup>283</sup>.

Os ecos contemporâneos dessa transposição, somados, evidentemente, à massificação da produção e à consolidação do capitalismo em nível global, parecem encontrar-se precisamente na ideia de que existe um domínio de nossa vida cotidiana pelos objetos, os quais constituem a finalidade de nossas ações, pelo menos na esfera da sociedade, dando-nos, assim, um caráter funcional<sup>284</sup> diante deles. Temos, então, os pilares da sociedade de consumo; é justamente por conta deles que podemos afirmar sua existência. Nela, a absoluta abundância dos mais variados produtos, dispostos sempre como que em constante conexão uns com os outros, faz com que seu valor adquira um caráter simbólico, de modo que não mais se mede por questões de utilidade ou necessidade prática, mas pela obtenção do conjunto ofertado<sup>285</sup>.

No que se refere mais detidamente aos propósitos deste artigo, o que mais importa é constatar o fato de que a atual estrutura social é composta por uma série de agentes econômicos – sobretudo de índole privada - cuja ação sistemática frente ao indivíduo é esmagadora, residindo aí a total relevância do direito do consumidor. Não se acredita, obviamente, que o mesmo tenha potencial para promover mudanças radicais naquela, nem mesmo que tais mudanças sejam sua razão de ser. Muito ao contrário, como a própria doutrina<sup>286</sup> e o próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) afirmam, sua finalidade é apenas a defesa do consumidor, não a proibição ou eliminação das bases materiais que, em primeiro lugar, possibilitam uma relação deste gênero; se podemos encará-lo como um instrumento de resistência e certo equilíbrio de forças, o mesmo não vale para um suposto propósito revolucionário.

Tal ramo jurídico é, em verdade, uma das projeções da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Historicamente, estes surgem com o ganho de força política

---

<sup>283</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro 3*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 38.

<sup>284</sup>BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 15.

<sup>285</sup>Ibidem. p. 16 e 17.

<sup>286</sup>RIZZATTO, Nunes. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 41

pelas camadas burguesas, as quais conseguem, por exemplo, na Inglaterra, ainda no final do século XVII, derrubar as normas de censura prévia, dando com isso, maior liberdade à imprensa<sup>287</sup>. São, portanto, não fruto de um surto de humanismo utópico que teria tomado conta da Europa naqueles tempos, mas sim de reivindicações concretas de um grupo social bastante específico, que se difundiram pelo continente e tiveram influência decisiva na modelagem do Estado moderno<sup>288</sup>, já em uma feição mais familiar a nós. Acontece que, apesar disso, com a Revolução Industrial e as profundas modificações sociais dela decorrentes, tais como a aglomeração urbana, tão comum nos dias de hoje, mas que, quando começaram despertaram o mais autêntico medo até mesmo naqueles que defendiam os rumos político-econômicos que tomava a sociedade<sup>289</sup>, houve um aumento das mobilizações de trabalhadores<sup>290</sup>, os quais exigiam, sobretudo, melhorias em suas condições de trabalho, bem como mecanismos de seguridade social. Assim, no intuito de contorná-las, começa a ganhar fôlego a ideia de um Estado de Bem-Estar Social<sup>291</sup>; temos aí a gênese do fenômeno de publicização do direito privado, por meio do qual o poder público ganha legitimidade para uma série de intervenções no campo econômico<sup>292</sup>, no qual, como já argumentamos, ocorrem a maior parte das relações entre particulares juridicamente relevantes.

Nesse contexto, então, de regulamentação da autonomia privada, surge, a partir do movimento de constitucionalização do direito, principalmente no pós-Segunda Guerra<sup>293</sup>, a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cujo fundamento discursivo na doutrina alude a ideia de que a sociedade civil não se deteriora somente por conta do Estado, podendo, ela própria, enquanto uma esfera autônoma, ser

---

<sup>287</sup>HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: uma investigação sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, p. 187.

<sup>288</sup>LIMA, Edmundo; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002, p. 31.

<sup>289</sup>BRESCIANI, Maria Stella. *Londres e Paris no século XIX: o espetáculo da pobreza*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2011, p. 78.

<sup>290</sup>Ibidem. p. 102.

<sup>291</sup>ARRETCHE, M. T. S. *Emergência e desenvolvimento do welfare state: Teorias Explicativas*. Rio de Janeiro: ANPOCS/Relume-Dumará, 1996, p. 7.

<sup>292</sup>BOBBIO, Norberto. *Para uma teoria geral da política*, São Paulo: PAZ E TERRA, 2007, p. 26.

<sup>293</sup>MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 173.

responsável por isso<sup>294</sup>. Dos desdobramentos dessa doutrina, o que será discutido, nesse momento, é o referente à eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Na definição dos constitucionalistas, essa ideia, a qual tem como antítese parcial a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais, a interferência estatal só poderia ocorrer a partir dos moldes que o legislador criasse, isto é, da maneira especificada por ele no ordenamento infraconstitucional – sendo o próprio Código de Defesa do Consumidor um claro exemplo dessa particularização. Do contrário, uma aplicação dos princípios constitucionais, em toda sua amplitude e textura aberta, poderia, sob a justificativa de defesa dos valores do ordenamento jurídico, atrofiar demasiadamente os poderes estatais, com desnecessário prejuízo à liberdade individual, segundo alguns<sup>295</sup>. Temos, então, na seara dessa corrente, como já fora até mesmo exemplificado, a regulamentação das relações de consumo em legislação extravagante<sup>296</sup>.

### **3. O Direito à Privacidade e o Direito do Consumidor**

Neste tópico, cumpre, antes de mais nada, esclarecermos a ligação que pretendemos aqui estabelecer entre o direito à privacidade e o direito do consumidor. Esta se baseia, sobretudo, no que é relevante para este artigo, no direito do indivíduo, quando em uma relação de consumo, de ter seus dados pessoais protegidos das ações de agente econômicos os quais não tenham, para sua obtenção, razoável justificativa, e, principalmente, quando tenham, para eles, finalidades mercantis – o que hoje ocorre sobretudo a partir das vendas de perfis dos consumidores, traçados a partir dos dados deles obtidos<sup>297</sup>. Entendemos que, não obstante estarmos aqui utilizando o direito à privacidade em uma acepção bem próxima àquela originalmente concebida, não faz mais sentido a utilização dos seus clássicos meios de proteção, sobretudo em função

---

<sup>294</sup>Ibidem. p. 173.

<sup>295</sup>García Torres e Jiménez Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986, p. 15. apud MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 178.

<sup>296</sup>RIZZATTO, Nunes. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 114.

<sup>297</sup>RODOTÁ, Stéfano. *A vida na sociedade de vigilância – privacidade hoje*. São Paulo: RENOVAR, 2008, p. 62.

dessa nova realidade, totalmente dominada pela tecnologia e seus diversos instrumentos de coleta de dados<sup>298</sup>. Desta forma, a interseção de que tratamos nos leva diretamente à, ainda incipiente, área de proteção dos dados pessoais, que conta, em nosso país, com apenas dois projetos de lei, quais sejam, o Projeto de Lei 4.060/2012 e o Projeto de Lei 5.276/2016, uma vez que, o objeto que tais normas visam defender encontra-se em diversos contratos de relações as quais podem ser tidas como de consumo, como, por exemplo, o uso do *Facebook*, em cujos termos de serviço cede-se, necessariamente, a esta empresa, a licença para armazenamento de uma série de informações, inclusive aquelas sujeitas a leis de proteção de propriedade intelectual<sup>299</sup>. Com isso, perceber-se-á, colateralmente, que neste trabalho argumenta-se em favor do alargamento da abrangência do Direito do Consumidor também em direção a esse setor.

No debate que se visa tratar nesta parte do trabalho, é fundamental, além disso, se ter em mente, até para que se compreenda sua razão de ser como um todo, que a despeito dos instrumentos de auto-justificação dos entes privados – sempre no sentido de que a natureza de suas relações e atividades os leva necessariamente a uma ação moral (justa e racional), ainda que somente em seu aspecto exterior<sup>300</sup>- estes não passam de mera ideologia<sup>301</sup>. Fala-se isso pois, quando toda a questão acerca da proteção aos dados pessoais começou a se intensificar – justamente com o desenvolvimento exponencial dos meios de comunicação a partir da metade do século XX – muitas posições iniciais eram no sentido de que as próprias pessoas privadas se regulariam<sup>302</sup> quanto a essa matéria; eram, por isso, não intervencionistas, de modo que considera-se necessária a advertência acima. Mais do que isso, é relevante apontarmos, ainda, que o tratamento de dados pessoais por particulares, sobretudo quando consideramos sob a ótica das relações por meio das redes sociais – onde tal atividade ocorre com grande intensidade – é um golpe frontal a um dos elementos constitutivos da autocompreensão que a própria burguesia, até hoje, carrega consigo: de que suas relações no âmbito da intimidade, e

---

<sup>298</sup>Ibidem. p. 25.

<sup>299</sup>FACEBOOK. *Termos de serviço*. 2017, Artigo 2.1.

<sup>300</sup>HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da esfera pública: uma investigação sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, 2011, p. 275.

<sup>301</sup>Ibidem. p. 297.

<sup>302</sup>RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância – privacidade hoje*. São Paulo: RENOVAR, 2008, p. 51.

sua privacidade como um todo, são emancipadas de qualquer lastro de atividade econômica, isto é, de qualquer finalidade instrumental<sup>303</sup>.

Feitos todos esses esclarecimentos, passamos agora às questões centrais desta parte do texto, quais sejam: entender o motivo pelo qual se defende aqui que a não regulamentação do tratamento de dados pessoais por agentes privados é bastante negativa, assim como, caso se concorde que tal controle é necessário, em que deve ser pautado, isto é, sob quais princípios poderiam funcionar os mecanismos institucionais em uma tal situação.

No que diz respeito ao porquê de se objetivar a criação de ferramentas legais de controle, a questão se desdobra em dois pontos principais: um puramente jurídico-doutrinário, em que se leva em conta sobretudo o paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988, e um outro em que se consideram questões de ordem prática e de justiça não necessariamente ligadas ao direito posto. Do ponto de vista do Direito pátrio, se considerarmos os quatro primeiros artigos da Lei Fundamental como princípios – no sentido de base de sustentação de todo o nosso ordenamento<sup>304</sup> - de caráter político-constitucional, o que os torna, por conta disso, como projeções das opções de modelagem do sistema jurídico<sup>305</sup> no Brasil, e focamos, sobretudo, no inciso III do artigo primeiro, relativo à dignidade humana<sup>306</sup>, não parece coerente com o mesmo que se comercialize ou os utilize sem um fim válido qualquer os dados de indivíduos, sobretudo quando se pensa que estes, no que se refere ao uso de serviços em seus computadores, são hipossuficientes em relação às fornecedoras dos mesmos, não sendo, inclusive como já afirmado acima, válido falar em um consentimento propriamente dito dos mesmos quanto à liberação de seus dados<sup>307</sup>. Do contrário, o sistema, na concretude, se desenrola de uma tal forma que se restringe a promoção de

---

<sup>303</sup>HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: uma investigação sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, 2011, p. 169.

<sup>304</sup>SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 93.

<sup>305</sup>SCHMIT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, p. 24 apud SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p.95.

<sup>306</sup>BRASIL. *Constituição da república federativa do brasil*. 1988, Artigo 1º, inciso III.

<sup>307</sup>RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância – privacidade hoje*. São Paulo: RENOVAR, 2008, p. 53.

igualdade material, ao ignorar um caso claro de assimetria intersubjetiva, mas também, e principalmente, estar-se-ia permitindo, ainda que num plano abstrato, a comercialização da pessoa, sendo precisamente por isso que se considera que tal prática é absolutamente confrontante ao dispositivo invocado, compreendido aqui como ponto de confluência de todos os valores constitucionais<sup>308</sup>. Para além disso, em esclarecimento a este ponto, não colhe o argumento de que tal norma é meramente programática ou de que é muito aberta. Parte crucial da criação de um direito fundamentado eticamente e no qual sua sustentação axiológica não se torne mero ideal depende do trabalho de significação desses princípios, o que deve ser uma preocupação em qualquer regime que se proponha democrático<sup>309</sup>. Além de que, se não é possível uma definição clara do que seria “dignidade humana”, não parece razoável que o uso econômico a partir de um aceite no mínimo duvidoso de dados pessoais se encaixe em seu conceito, ainda que, evidentemente, esta última asserção seja meramente intuitiva e, por isso, não de todo confiável.

Outro argumento também relevante, baseia-se no fato de que, se quanto ao direito à imagem a veiculação com propósitos econômicos somente pode ocorrer mediante consentimento da pessoa<sup>310</sup>, por que se haveria de aceitar seus dados fossem tratados com essa mesma finalidade, porém sem essa aceitação, uma vez que, como fora exposto, nos contratos de adesão a mesma torna-se bastante questionável.

No que tange aos aspectos não diretamente ligados ao direito, é válido se fazer aqui uma alusão ao liberalismo de Tocqueville. Ao contrário de outros pensadores que são colocados sob a mesma corrente, ele é um dos poucos que mostra grande preocupação quanto à ampliação de todo o aparato burocrático estatal<sup>311</sup>. Para ele, tal maquinário, aos poucos, retirava toda a autonomia dos indivíduos, ditando-lhe o que fazer e o que

---

<sup>308</sup>SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 107.

<sup>309</sup>MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 151.

<sup>310</sup>Ibidem. p. 284.

<sup>311</sup>HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública: uma investigação sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, 2011, p. 322.



pensar<sup>312</sup>; cada detalhe de suas vidas era de conhecimento daquele grande e ramificado Leviatã, que agora, no século XIX, conseguia força que anteriormente desejara<sup>313</sup>. É evidente que, no século XXI, não pode afirmar que a hipertrofia do poder público parou, uma vez que a tendência é precisamente a extrema oposta, ou seja, caminha-se em direção à sofisticação dos meios de controle do Estado, bem à intensificação de seu uso. Todavia, soa bastante razoável que, em tal momento histórico, as preocupações do francês tenham seu espectro ampliado de modo a abranger as grandes corporações privadas, sobretudo aquelas que fornecem serviços informáticos em geral. Não se trata sequer de discutir os efeitos práticos mais sensíveis de toda concentração de poder e capacidade de obtenção de dados desses agentes – uma vez que entraríamos em questões relativas à cultura de massa, as quais são, sem dúvida importantes, mas não constituem aqui nosso propósito – bastando mencionar como consequência primária a reificação do sujeito, cujos dados passam a ser vendidos e a todo momento coletados e tratados, assim como o próprio fato de não ser saudável socialmente permitir que qualquer pessoa, jurídica ou física, pública ou privada, detenha, sem contrapesos, um tal poder, o que, sem em tempos normais talvez não gerasse desdobramentos muito sensíveis, em épocas mais conturbadas certamente o faria<sup>314</sup>.

Por fim, demonstrados os pontos a favor de que criem leis reguladoras, é relevante uma exposição, ainda que breve, de quais mecanismos elas deveriam criar. A partir de um estudo de dois grandes diplomas internacionais que versam acerca da proteção de dados pessoais – a Convenção do Conselho da Europa para a proteção das pessoas em relação à coleta automática dos dados de caráter pessoais e a Recomendação da OCDE, que, apesar de se tratar de *soft law* ainda é útil a finalidade deste artigo, sobre a proteção da vida privada e difusão internacional de dados pessoais – é possível extrair elementos comuns das duas teses<sup>315</sup>, dentre os quais os mais relevantes aqui são o relativo à finalidade da coleta e aquele que remete à possibilidade de acesso pelo indivíduo aos dados que lhe foram extraídos. Pelo primeiro, entende-se que o sujeito alvo do

---

<sup>312</sup>Ibidem. p. 323.

<sup>313</sup>Ibidem. p. 322.

<sup>314</sup>RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância*. São Paulo: RENOVAR, 2008, p. 56.

<sup>315</sup>Ibidem. p. 59.

tratamento de dados deve conhecer sua finalidade antes que o mesmo seja realizado e, com o segundo, o mesmo teria o direito de conhecer tudo que se dispõe a seu respeito. O esclarecimento do propósito da coleta é essencial para que o consentimento acerca desta atividade seja de fato inequívoco, como propõe, inclusive, em seu artigo sétimo, inciso I, o Projeto de Lei 5.276/2016<sup>316</sup>. Por outro lado, a eficácia deste primeiro elemento é, sem dúvida, privilegiada quando a pessoa tem acesso ao banco com todos os seus dados, uma vez que funciona como um mecanismo de controle do indivíduo diretamente interessado em sua proteção<sup>317</sup>, sendo possível colocá-lo, inclusive, como um meio de acesso à justiça, o qual, aquele mesmo projeto de prescreve em seu artigo sexto, inciso IV<sup>318</sup>, o que mostra, inclusive, a importância de sua aprovação na seara da qual tratamos.

A única ressalva que se faz, na verdade, é no intuito de reforçar que mesmo no caso de um consentimento expresso, a comercialização dos dados, e de forma geral seu tratamento, só devem ser permitidas, pelos motivos acima expostos, para propósitos específicos, de modo que, do contrário, estar-se-ia comprometendo os princípios basilares de justiça que norteiam nosso ordenamento jurídico.

## **Conclusão**

De tudo que fora exposto, a primeira coisa a ser mencionada é que, de modo algum, este artigo exaure todos os pontos a serem levantados na discussão acerca da proteção de dados pessoais. Não só no que se refere aos argumentos pró e contra este tipo de regulamentação – apesar de não ter havido espaço para o trabalho destes pontos, há correntes que defendem, com reflexões a serem levadas em conta, o autocontrole do próprio mercado, por exemplo – mas também, de um modo geral, a uma série de outras questões, como o pertencimento autoral dos dados tratados, a título de ilustração. Assim sendo, pode-se afirmar que parte da razão de ser deste trabalho foi, também, e antes de

---

<sup>316</sup>BRASIL. *Projeto de lei 5.276. 2016*, Art. 7º, inciso I.

<sup>317</sup>RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância*. São Paulo: RENOVAR, 2008, p. 60.

<sup>318</sup>BRASIL. *Projeto de lei 5.276. 2016*, Art. 6º, inciso IV.

mais nada, trazer à luz este tema, o qual, no Direito brasileiro, ainda é considerado de vanguarda.

Para além disso, também é relevante colocar aqui que este estudo é fruto de um esforço no sentido não somente de uma análise e compreensão histórica do fenômeno jurídico como um todo, neste texto, mais particularmente, do direito à privacidade e sua reconfiguração na sociedade de consumo e na era do que já se chama de capitalismo informacional, como também de dar densidade normativa ao texto constitucional, sobretudo àqueles dispositivos considerados por parte da doutrina, a despeito de todo o desenvolvimento do constitucionalismo, como “abertos demais” ou, ainda, simplesmente, como “programáticos”. É claro que a eficácia de tais normas depende de muito mais do que um ou muitos trabalhos acadêmicos, mas não se pode negar a influências destes em tal processo, e, aqui, propomo-nos, também, a contribuir para tanto.

Finalmente, vale destacar como um último ponto que, o estudo dos direitos humanos não prescinde, de forma alguma, de sua historicidade e, muito ao contrário, a sua própria concepção, isto é, de direitos inerentes ao ser humano, é muito típica de um determinado momento da história ocidental do qual, de certo modo, hoje somos fruto. Não é possível compreender o significado de cada um deles, nem de nenhuma de suas gerações, como é consagrado na doutrina, sem a compreensão do contexto que lhe deu origem e isso fica bastante claro pelo texto como um todo, não somente no que se refere ao próprio direito à privacidade, substrato principal do artigo, mas também à criação do direito do consumidor e, hoje, no que diz respeito à questão da proteção dos dados pessoais. Qualquer tentativa de compreender tais direitos como princípios abstratos de uma justiça universal cai num jusnaturalismo obsoleto e, no fim das contas, vazio de conteúdo e aplicação, uma vez que desgrudado da própria realidade que lhe deu origem.

### **Referências Bibliográficas**

ARRETCHE, M. T. S. *Emergência e desenvolvimento do welfare state: teorias explicativas*. Rio de Janeiro: ANPOCS/Relume-Dumará, 1996.

- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Para uma teoria geral da política*. São Paulo: PAZ E TERRA, 2007.
- BRASIL. *Constituição da república federativa do brasil*. 1988.
- BRASIL. *Projeto de lei 5.276*. 2016.
- BRESCIANI, Maria Stella. *Londres e paris no século XIX: o espetáculo da pobreza*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2011.
- FACEBOOK. *Termos de serviço*. 2017. Disponível em: <https://www.facebook.com/legal/terms>.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro 3*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública: uma investigação sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora UNESP, 2011.
- LIMA, Edmundo; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.
- RIZZATTO, Nunes. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância*. São Paulo: RENOVAR, 2008.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017.

## ACESSO À INFORMAÇÃO, ALIMENTOS TRANSGÊNICOS E RELAÇÃO DECONSUMO: O DEVER DE INFORMAÇÃO DO FORNECEDOR COMO COROLÁRIO DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA.

Daniela Juliano Silva <sup>319</sup>

Tauã Lima Verdán Rangel <sup>320</sup>

**Resumo:** O objetivo do presente está assentado em analisar o Projeto de Lei nº 4.148/2008 que coloca fim na obrigatoriedade da rotulagem em alimentos transgênicos e a violação ao princípio da informação. É indiscutível o relevo que reveste o Direito do Consumidor, sendo considerada, inclusive, como irrecusável importância jurídica, econômica e política, sendo dotado de caráter absolutamente inovador, eis que elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental, atribuindo-lhe a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica. A metodologia empregada consiste na utilização do método indutivo, valendo-se de revisão de literatura e pesquisa bibliográfica como técnicas de pesquisa. O Projeto de Lei nº 4.148, de 16 de outubro de 2008, já aprovado na Câmara dos Deputados Federais e pendente de votação no Senado Federal, representa verdadeiro retrocesso aos direitos contidos na legislação consumerista, eis que ofende o princípio da informação, suprimindo a imprescindibilidade do ícone identificador dos alimentos transgênicos na rotulagem dos produtos. O texto disciplina as informações que devem constar nas embalagens para informar sobre a presença de ingredientes transgênicos nos alimentos. Na prática, o projeto em análise revoga o Decreto 4.680/03, que já regulamenta a temática. Em consonância com o texto aprovado pela Câmara dos Deputados, nos rótulos de embalagens para consumo final de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal deverá ser informada ao consumidor a presença de elementos transgênicos em índice superior a 1% de sua composição final, se detectada em análise específica. Verifica-se, portanto, que a redação do projeto retira a imprescindibilidade da identificação, imposta pelo decreto, de o consumidor ser informado sobre a espécie doadora do gene no local reservado para a identificação dos ingredientes. Além do fim do símbolo que identifica os produtos com transgênicos, no caso dos alimentos que não contenham OGM, o projeto mantém regra do atual decreto que permite o uso da rotulagem “livre de transgênicos”. Ora, há que reconhecer que o projeto de lei em comento, caso aprovado pelo Senado Federal e sancionado pela Presidente da República, materializará ofensa patente ao princípio da informação, porquanto omitirá dado imprescindível para o conhecimento do consumidor, no que toca à composição do alimento adquirido. Mais que isso, quadra esclarecer que, independente da porcentagem de elementos transgênicos constantes no produto, é fato que o consumidor possui direito a tal informação. Por se tratar de uma nova

---

<sup>319</sup> Doutoranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: danjulsil@yahoo.com

<sup>320</sup> Bolsista CAPES. Doutorando vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: taua\_verdan2@hotmail.com

tecnologia e considerando o reduzido conhecimento científico a respeito dos riscos de OGMs, torna-se indispensável que a liberação de plantas transgênicas para plantio e consumo, em larga escala, seja precedida de uma análise criteriosa de risco à saúde humana e do efeito desses produtos e serviços ao meio ambiente, respaldadas em estudos científicos, conforme prevê a legislação vigente. Assim, normas adequadas de biossegurança, licenciamento ambiental, e mecanismos e instrumentos de monitoramento e rastreabilidade são necessários para assegurar que não haverá danos à saúde humana, animal e ao meio ambiente. Também são imprescindíveis estudos de impacto socioeconômicos e culturais, daí a relevância da análise da oportunidade e conveniência que uma nação deve fazer antes da adoção de qualquer produto ou serviço decorrente da transgenia. Ora, há que se reconhecer que a supressão do símbolo identificador de elementos transgênicos em produtos a serem adquiridos pelo consumidor, ainda que em quantidade inferior a 1% (um por cento), materializa clara afronta ao direito à informação e ao escopo sustentador do Direito do Consumidor, porquanto retira importante conquista na tábua de direitos inerentes àquele.

**Palavras-chave:** Relação de Consumo. Acesso à Informação. Alimentos Transgênicos.

**Abstract:** The objective of this paper is based on the analysis of Law 4,148/2008, which puts an end to the compulsory labeling of transgenic foods and the violation of the information principle. Undoubtedly, the importance of consumer law is undoubtedly considered as irrefutable legal, economic and political importance, being of an absolutely innovative character, since it elevated consumer protection to the eminent position of fundamental right, attributing to it the condition of structuring and shaping principle of the economic order itself. The methodology used is the use of the inductive method, using literature review and bibliographic research as research techniques. Bill No. 4,148, of October 16, 2008, already approved in the Federal Chamber of Deputies and pending a vote in the Federal Senate, represents a real setback to the rights contained in consumer legislation, which offends the principle of information, suppressing the indispensability of the identifier of GM foods in the labeling of products. The text disciplines the information that must be on the packaging to inform about the presence of transgenic ingredients in food. In practice, the project under review revokes Decree 4.680/03, which already regulates the theme. In line with the text approved by the Chamber of Deputies, on the packaging labels for final consumption of food and food ingredients intended for human or animal consumption, the consumer should be informed of the presence of transgenic elements in an index of more than 1% of their final composition, if detected in specific analysis. It is therefore verified that the writing of the project removes the indispensability of the identification, imposed by the decree, of the consumer being informed about the donor species of the gene in the place reserved for the identification of the ingredients. Besides the end of the symbol that identifies products with GMOs, in the case of foods that do not contain GMOs, the project maintains a rule of the current decree that allows the use of GMO-free labeling. However, it must be recognized that the bill in question, if approved by the Federal Senate and sanctioned by the President of the Republic, will materialize a patent offense

to the information principle, since it will omit data essential for the consumer's knowledge regarding the composition of the food acquired. More than this, it is clear that, regardless of the percentage of transgenic elements in the product, it is a fact that the consumer has the right to such information. Because it is a new technology and considering the reduced scientific knowledge about the risks of GMOs, it is indispensable that the release of transgenic plants for planting and consumption on a large scale is preceded by a careful analysis of human health risk and the effect of these products and services on the environment, backed by scientific studies, according to current legislation. Thus, appropriate standards of biosafety, environmental licensing, and monitoring and traceability mechanisms and instruments are necessary to ensure that there is no harm to human, animal or environmental health. Socioeconomic and cultural impact studies are also essential, hence the relevance of the analysis of the opportunity and convenience that a nation must make before the adoption of any product or service resulting from the transgeny. It must be recognized that the suppression of the identifying symbol of transgenic elements in products to be purchased by the consumer, albeit in quantities of less than 1% (one percent), clearly materializes an affront to the right to information and the sustaining scope of the law of the Consumer, since it removes an important achievement in the board of rights inherent to it.

**Keywords:** Consumer Ratio. Access to information. Transgenic foods. **1 COMENTÁRIOS INTRODUTÓRIOS**

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Assim, o “prisma de avaliação o brocardo jurídico '*Ubi societas, ibi jus*', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de

interdependência que esse binômio mantém”<sup>321</sup>. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”<sup>322</sup>. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o

---

<sup>321</sup> VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. In: *Jurid Publicações Eletrônicas*, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 15 dez. 2017, s.p.

<sup>322</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 15 dez. 2017.



entendimento de Verdán<sup>323</sup>, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”. Destarte, a partir de uma análise, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito é, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 A VALORAÇÃO DOS PRINCÍPIOS: A INFLUÊNCIA DO PÓS-POSITIVISMO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Os postulados e dogmas se afiguram como a gênese, o ponto de partida ou mesmo o primeiro momento da existência de algo. Nesta trilha, há que se gizar, com bastante ênfase, que os princípios se apresentam como verdades fundamentais, que suportam ou asseguram a certeza de uma gama de juízos e valores que norteiam as aplicações das normas diante da situação concreta, adequando o texto frio, abstrato e genérico às nuances e particularidades apresentadas pela interação do ser humano. Objetiva, por conseguinte, com a valoração dos princípios vedar a exacerbação errônea do texto da lei, conferindo-lhe dinamicidade ao apreciar as questões colocadas em análise.

Com supedâneo em tais ideários, salientar se faz patente que os dogmas, valorados pelas linhas do pós-positivismo, são responsáveis por fundar o Ordenamento Jurídico e atuar como normas vinculantes, verdadeiras flâmulas desfraldadas na interpretação do Ordenamento Jurídico. Desta sorte, insta obtemperar que “conhecê-los é penetrar o âmago da realidade jurídica. Toda sociedade politicamente organizada baseia-se numa tábua principiológica, que varia segundo se altera e evolui a cultura e modo de pensar”<sup>324</sup>. Ao lado disso, em razão do aspecto essencial que apresentam, os preceitos podem variar, de maneira robusta, adequando-se a realidade vigorante em cada Estado, ou seja, os corolários são resultantes dos anseios sagrados em cada população.

---

<sup>323</sup> VERDAN, 2009, s.p.

<sup>324</sup> MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 15 dez. 2017, s.p.

Entretanto, o que assegura a característica fundante dos axiomas é o fato serem “galgados à condição de cânone escrito pelos representantes da nação ou de regra costumeira à qual democraticamente aderiu o povo”<sup>325</sup>.

Nesta linha de exposição, os dogmas que são salvaguardados pela Ciência Jurídica passam a ser erigidos à condição de elementos que compreendem em seu bojo oferta de uma abrangência mais versátil, contemplando, de maneira singular, as múltiplas espécies normativas que integram o ordenamento pátrio. Ao lado do apresentado, há que se evidenciar que tais mandamentos passam a figurar como super-normas, isto é, “preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo”<sup>326</sup>. Os corolários passam a figurar como verdadeiros pilares sobre os quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar<sup>327</sup>. Com efeito, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que integram o ramo Consumerista da Ciência Jurídica, em especial devido à proteção dispensada pelo Ordenamento Pátrio aos consumidores, em razão da vulnerabilidade desses.

Salta aos olhos, desta sorte, o relevo indiscutível que reveste o Direito do Consumidor, sendo considerada, inclusive, como irrecusável importância jurídica, econômica e política, sendo dotado de caráter absolutamente inovador, eis que elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental, atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica. Verifica-se, portanto, que com as inovações apresentadas no Texto Constitucional erigiram os consumidores como detentores de direitos constitucionais fundamentais, conjugado, de maneira robusta, com o relevante propósito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias e a salvaguardar as disposições entalhadas na Carta de 1988.

---

<sup>325</sup> *Ibid.*

<sup>326</sup> VERDAN, 2009, s.p.

<sup>327</sup> TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 15 dez. 2017, s.p.

Em decorrência de tais lições, destacar é crucial que o Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado a partir de uma luz emanada pelos valores de maciça relevância para a Constituição Federal de 1988. Isto é, cabe ao Arquiteto do Direito observar, de forma imperiosa, a tábua principiológica, considerada como essencial e exaltada como fundamental dentro da Carta Magna do Estado Brasileiro, ao aplicar a legislação abstrata ao caso concreto. A exemplo de tal afirmativa é possível citar tábua principiológica que orienta a interpretação das normas atinentes à Legislação Consumerista. Com o alicerce no pontuado, salta aos olhos a necessidade de desnudar tal assunto, com o intento de afastar qualquer possível desmistificação, com o fito primordial de substancializar um entendimento mais robusto acerca do tema.

### **3 OS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR: O RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE COMO AXIOMA DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**

Os denominados princípios informativos são considerados como o manancial das proposições diretoras as quais todo o desenvolvimento posterior é subordinado. Afiguram-se, com destaque, como verdadeiras fontes robustas que dão corpo ao próprio fundamento das normas jurídicas ou, ainda, como um vetor que informa o conteúdo da norma jurídica, hasteando pavilhão que orienta o legislador na confecção dos diplomas legais e o julgador na sua aplicação. Com efeito, a proteção estatal ao consumidor, quer seja enquanto figura dotada de direito fundamental que foi positivada no próprio texto da Lei Maior, quer seja como mola propulsora da formulação e execução de políticas públicas, como também do exercício das atividades econômicas em geral. Ao lado disso, cuida anotar que a Carta Política conferiu ao direito do consumidor essência de meio instrumental direcionado como princípio constitucional impositivo a neutralizar o abuso do poder econômico perpetrado em detrimento das pessoas e de seu direito ao desenvolvimento e a uma existência digna e justa.

Ademais, deve-se salientar que os princípios informativos têm o fito de dar concreção e significado a tais proclamações contidas no Texto Constitucional, pode- evidenciar que

a Constituição Cidadã instaurou um estado de comunhão solidária entre as diversas esferas políticas, que integram a estrutura institucional da Federação brasileira, agrupando-as em torno de um fito comum, banhado do mais elevado sentido social. Além disso, os direitos do consumidor, conquanto despidos de caráter absoluto, qualificam-se, porém, como valores essenciais e condicionantes de qualquer processo decisório, manifestando-se, por vezes, através dos princípios informativos, visando compor situações de antagonismos oriundos das relações de consumo que se processam, na esfera da vida social, de modo tão desigual, caracterizado corriqueiramente pela conflituosidade, opondo, por extensão, fornecedores e produtores, de um lado, a consumidores, do outro. No mais, o reconhecimento dos princípios informativos, em matéria consumerista, traduz em verdadeira prerrogativa fundamental do cidadão, estando inerente à própria acepção do Estado Democrático e Social de Direito, motivo pelo qual cabe a toda coletividade extrair, dos direitos assegurados ao consumidor, a sua máxima eficácia.

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 determinou, de maneira expressa, a proteção do consumidor e a elevou a categoria de direito fundamental e princípio a ser obedecido no referente à estabilidade da ordem econômica, conforme se depreende da redação dos artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V. O artigo 5º do Texto Constitucional, ao estabelecer que o Estado deve promover a defesa do consumidor, com clareza solar, assegura ao cidadão essa proteção como um direito fundamental, implicitamente, reconheceu a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo. Foi, justamente, no princípio da vulnerabilidade do consumidor que o movimento consumerista se baseou para chegar a atual legislação protetora, tendo sido, inclusive, expressamente burilado no inciso I do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor. Como bem acentua Almeida<sup>328</sup>, o reconhecimento da vulnerabilidade “é a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre o qual se assenta toda a linha filosófica do movimento”.

---

<sup>328</sup> ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 17.

O dogma em comento considera o consumidor a parte mais fraca da relação de consumo, uma vez que o consumidor se submete ao poder de quem dispõe o controle sobre bens de produção para satisfazer suas necessidades de consumo. Em outras palavras, o consumidor se submete às condições que lhes são impostas no mercado de consumo. A figura da vulnerabilidade, outrossim, para fins de aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, tanto pode ser a econômica, a jurídica, a social, a técnica e outras mais. Neste sentido, oportunamente, colaciona-se o entendimento jurisprudencial construído pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai:

**Ementa:** Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório. - Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. - Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica. - Nesta hipótese esta justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido<sup>329</sup>.

Nessa esteira, Cláudia Lima Marques<sup>330</sup> obtempera acerca da existência de três espécies de vulnerabilidade, a saber: técnica, na qual o consumidor não é detentor do conhecimento específicos a respeito do objeto que está adquirindo, sendo, em decorrência disso, suscetível de ser enganado mais facilmente, no que tange às características ou, ainda, quanto à unidade do bem ou do serviço prestado.

A segunda espécie de vulnerabilidade é a jurídica ou científica, cujo aspecto característico está arrimado na ausência de conhecimento jurídica específicos, de contabilidade ou mesmo de economia. Ademais, a terceira espécie de vulnerabilidade é denominada de fática ou socioeconômica, atrelada à posição de monopólio, fático ou

---

<sup>329</sup> Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1080719/MG/ Relatora Ministra Nancy Andrighi/Julgado em 10.02.2009/ Publicado no DJe em 17.08.2009.

<sup>330</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 370-373.

jurídico, por meio do qual o fornecedor, que em razão de sua posição de monopólio, fático ou jurídico, abalizado em seu grande poderio econômico ou mesmo em decorrência da essencialidade do serviço, impõe a sua superioridade a todos que contratam com ele.

Nessa senda, ainda, cuida salientar que a concepção estruturante da vulnerabilidade técnica é presumida para o consumidor não profissional, como também pode ser estendido, de forma excepcional, ao profissional, destinatário fático do bem ou do serviço. Ao lado do expandido, a vulnerabilidade jurídica, conquanto seja presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa natural, “para os profissionais e para as pessoas jurídicas, vale a presunção em sentido contrário, presume-se que possuem conhecimentos jurídicos e econômicos mínimos, ou que possam consultar advogados e profissionais”<sup>331</sup>, antes de firmarem a obrigação. No que concerne à vulnerabilidade fática, há que se frisar, com cores quentes, que subsiste uma presunção em favor do consumidor não profissional, entretanto, tal conjectura não prospera em relação ao consumidor profissional e para o consumidor pessoa jurídica.

Importante ressaltar ainda que a doutrina tem convergido no sentido de que há a possibilidade de a pessoa jurídica, mesmo não sendo a destinatária final do produto ou serviço adquirido, receber a proteção das normas inseridas no Código de Defesa do Consumidor quando provar, na concretude do caso, a sua situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor. Com efeito, é possível elencar a vulnerabilidade técnica, isto é, ausência de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço adquirido, podendo, em função disso, ser mais facilmente iludido. Já a vulnerabilidade jurídica é materializada em decorrência da ausência de conhecimentos jurídicos que o auxiliariam a melhor portar-se na relação negocial.

No mais, a vulnerabilidade fática está alicerçada na situação de desvantagem real, seja pelo grande poderio do fornecedor, sua situação econômica, seja pela essencialidade do

---

<sup>331</sup> CARVALHO, José Carlos de Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 08.

bem, do qual necessita, impreterivelmente, o consumidor. Por derradeiro, cuida destacar que a vulnerabilidade informacional é aquela que decorre da especial importância das informações recíprocas prestadas no bojo das relações negociais, que, em regra, revelam-se deficitárias quanto ao consumidor.

Mister faz-se aduzir que não há que confundir a vulnerabilidade, enquanto princípio orientador para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com a denominada hipossuficiência econômica ou técnica da parte autora, eis que, em razão dos corolários emanados pelo aludido dogma, nem todo consumidor deverá ser coberto pelo véu da hipossuficiência, mesmo sendo sempre vulnerável. *Plus ultra*, dado ao aspecto geral da vulnerabilidade, verifica-se que as flâmulas por ela hasteadas defluíram da simples situação de consumidor, ao passo que a hipossuficiência, ao reverso, reclama a presença de condições pessoais e relativas a cada consumidor, devendo-se, por extensão, confrontá-las com as condições pessoais do respectivo fornecedor.

Com efeito, a vulnerabilidade se reveste de presunção, quando o consumidor for pessoa natural, enquanto a vulnerabilidade da pessoa deve ser demonstrada e será aferida, quando o magistrado analisar a situação concreta trazida a Juízo. Ao lado disso, acinzele-se que a hipossuficiência reclama um exame acurado, analisando cada caso, já a vulnerabilidade do consumidor é inerente à sua própria condição. No mais, o princípio em estudo é traço universal de todos os consumidores, independente de sua condição econômica ou grau de instrução, motivo pelo qual seu ponto de escora está alicerçada na ausência de conhecimento técnico para a elaboração do produto ou para a prestação do serviço.

#### **4 OS PRINCÍPIOS DA INFORMAÇÃO E DA TRANSPARÊNCIA COMO PROEMINENTES BASTIÕES ORIENTADORES DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS**

Calha rememorar que o direito à informação se apresenta como o mais básico dos direitos do consumidor, configurando-se como verdadeiro dever-direito. Ao lado disso,

cuida salientar que informação consiste no ato de comunicar, compartilhar o que se tem conhecimento de boa-fé, cooperando, assim com o outro. Como dever, a informação é motivada, em juízo ético-político-jurídico, de um lado pela própria competência técnica ou profissional do fornecedor, de outro pela inexperiência ou incapacidade do consumidor de se informar. Ao lado do exposto, a proeminência do dever-direito de informação é decorrente dos diversos atribuições e funções que desempenha, tanto no que tange à sustentação do modelo capitalista do livre mercado, substancializado notadamente na proteção da concorrência, assim como na viabilização de vários outros direitos relativos ao consumidor, como, por exemplo, o acesso à justiça.

Ao lado disso, insta aduzir que a informação, como integrante da extensa rubrica de princípios orientadores do Direito do Consumidor, apresente como axioma maciço a educação e a harmonia de fornecedor e consumidores, no que se referencia aos seus direitos e deveres, com o escopo de promover a melhoria do mercado de consumo. Neste sentido, com clara dicção, o artigo 4º, inciso IV, da Legislação Consumerista, ao dispor sobre os preceitos contidos na Política Nacional de Defesa do Consumidor, espanca, dentre o rol de princípios inspiradores, a “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”<sup>332</sup>. Destarte, salta aos olhos que a informação, neste sedimento, se apresenta como postulada da liberdade, eis que inexistente plena liberdade sem acesso à informação.

Afora isso, impõe o reconhecimento que a informação é a pedra de sustento que viabiliza a utilização, por parte dos consumidores, dos produtos comercializados com ampla segurança e de modo satisfatório aos interesses acalentados. Neste almiré, tão somente os consumidores bem informados conseguem, de fato, usufruir, de maneira integral dos benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, assim como proteger-se de maneira adequada dos riscos apresentados. A proteção contra riscos materializa a obrigação de informar decorre dos ideários fundantes da obrigação

---

<sup>332</sup> BRASIL. *Lei N.º. 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>>. Acesso em 15 dez. 2017.



de segurança que, contemporaneamente, por força das imposições legais, são colocados como premissas para o exercício de qualquer atividade profissional no mercado de consumo, assumindo verdadeira natureza autônoma. Ademais, há que se anotar que a informação é elemento preponderante ao fomento da concorrência, porquanto, em sendo os consumidores bem informados, poderão adquirir produtos e serviços, de maneira mais consciente, ou mesmo evitando a sua aquisição.

No que tange ao cânon da transparência, de modo geral, impende salientar que tal dogma tem como fértil sedimento a clareza qualitativa e quantitativa da informação que incumbe, de maneira recíproca, às partes conceder, nas relações jurídicas. Tal escopo, acresça-se, só será alcançado a partir da adoção de medidas que impliquem no fornecimento de informações verdadeiros, objetivas e precisas ao consumidor, assim como ao fornecedor, por parte do destinatário final do produto e serviço. “Visa, também, proteger o consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços”<sup>333</sup>. Trata-se de instrumento apto a robustecer a concepção de reequilíbrio das forças na relação de consumo, maiormente na conclusão de contratos de consumo, estabelecidos na Legislação Consumerista, como modo de alcançar a ambicionada justiça contratual. A inobservância do axioma em destaque acarreta em sanção, pois configura como verdadeiro ilícito administrativo, devendo, portanto, o Ente Estatal, no uso de seu poder de polícia, coibir tais práticas atentatórias.

Averbe-se, por necessário, que o princípio da transparência desfralda como pavilhão a obrigação do fornecedor de informar, de maneira prévia, o consumidor, assentando-se em conteúdo claro e correto, como, por exemplo, a respeito das qualidades do produto, da quantidade, aspectos característicos, composição e preço. Com espeque no artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que em sendo o contrato redigido de maneira a acarretar dificuldade a compreensão de seu sentido e alcance, a avença será

---

<sup>333</sup> CARVALHO, 2008, p. 10

tida como inexistente, demonstrando, via de consequência, a atenção dispensada pelo legislador ao preceito em comento.

## **5 ALIMENTOS TRANSGÊNICOS: UMA TEMA DE INCERTEZAS NO FUTURO**

Nas últimas décadas, o desenvolver-se e o emprego dos organismos geneticamente modificados, ou simplesmente transgênicos, em larga escala na agricultura têm se amparado sob três principais argumentos: a preservação do meio ambiente, o aumento da produção para combater a fome e a redução dos custos de produção. Organizações governamentais e intergovernamentais têm planejado estratégias e protocolos para o estudo da segurança de alimentos derivados de cultivos geneticamente modificados. É nessa linha que verificasse a necessidade de alertar os cidadãos sobre as “verdades científicas” veiculadas nas mídias ou nos discursos políticos sociais. Ribeiro e Marin discutem que:

Ainda hoje, pesquisas e estudos que envolvem os potenciais riscos ao consumo humano de AGM ainda são muito restritos. No entanto, existem estudos sobre o efeito da ingestão de soja Roundup Ready em ratos, que demonstraram em análises ultraestruturais e imunocitoquímica, alterações em células acinares do pâncreas (redução de fatores de "splicing" do núcleo e do nucléolo e acúmulo de grânulos de pericromatina); em testículos (aumento do número de grânulos de pericromatina, diminuição da densidade de poros nucleares e alargamento do retículo endoplasmático liso das células de Sertoli), havendo a possibilidade de tais efeitos estarem relacionados ao acúmulo de herbicida presente na soja resistente, além de alterações em hepatócitos (modificações na forma do núcleo, aumento do número de poros na membrana nuclear, alterações na forma arredondada do nucléolo, indicando aumento do metabolismo) sendo potencialmente reversíveis neste último grupo de células<sup>334</sup>.

De maneira feliz, a posse das discussões sobre a ciências, ética e meio ambiente não pertence mais unicamente aos adeptos do desenvolvimento científico e tecnológico. Não

---

<sup>334</sup> RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Victor Augustus. A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil. *In: Ciência e Saúde Coletiva*, n. 17, v. 2, 2012, p. 359-368. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 15 dez. 2017, p. 362.

obstante, as controvérsias científicas sempre fizeram parte da cultura da ciência. Já na década de 1950, Jacques Ellul, filósofo francês, abordava essa discussão (*Le système technicien*, Paris: Calman-Levy, 1977):

Mais o progresso técnico cresce, mais aumenta a soma de efeitos imprevisíveis. Certos progressos técnicos criam incertezas permanentes e em longo prazo [...] Processos irreversíveis foram já implementados, particularmente no campo do meio ambiente e da saúde. Os problemas ambientais são exemplares. Criados pelo desenvolvimento tecnológico desenfreado e irrefletido, necessitam sempre de novos instrumentos e técnicas para resolvê-los. Os problemas de saúde pública ou de segurança alimentar são sistematicamente reformulados de modo que possam receber soluções técnicas ao invés de soluções políticas<sup>335</sup>.

A temática dos transgênicos cobre um conjunto de domínios e aspectos sociais, econômicos culturais e ambientais. A grande questão que vem sendo levantada é o quão seguras são essas tecnologias, se elas estão de acordo com o Guia Internacional para Segurança em Biotecnologia (IGSB) aceito pelo Programa Ambiental das Nações Unidas<sup>336</sup>. Ultimamente, os assuntos dos adeptos do princípio da precaução forçam os governos de muitos países incluindo o Brasil, a modificar suas políticas e desistir da produção de variedades geneticamente modificadas. Asseguram Nodari e Guerra<sup>337</sup>, sobre o assunto, que os testes de segurança são conduzidos caso a caso e modelados para as características específicas das culturas modificadas e as mudanças introduzidas através da modificação genética. Todavia o mesmo autor salienta que o maior problema na análise de risco de organismos geneticamente modificados, é que seus efeitos não podem ser previstos na sua totalidade. Os riscos à saúde humana incluem aqueles inesperados, alergias, toxicidade intolerância. No ambiente, as consequências são a transferência lateral (horizontal) de genes, a poluição genética e os efeitos prejudiciais aos organismos não alvos.

---

<sup>335</sup> ZANONI, Magda; FERMENT Gilles. *Transgênicos alimentos para quem?* Agricultura, Ciências e Sociedade. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2011, p. 14.

<sup>336</sup> MOSS, Bob. *Genetically Modified Organisms (GMOs): Transgenic Crops and Recombinant DNA Technology*, 2008. Disponível em: <<http://www.nature.com>>. Acesso em 15 dez. 2017, s.p.

<sup>337</sup> NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar. In: *Revista Nutrição*, n. 16, v. 1, 2003, p. 105-116. Disponível em: <<http://www.scielo.br>> Acesso em 15 dez. 2017.

Estudos elaborados por Costa *et al*<sup>338</sup> apontam que, todos os fenômenos e eventos indesejáveis resultantes do crescimento e consumo dos organismos geneticamente modificados podem ser classificados em três grupos de risco: alimentares, ecológicos e agrotecnológicos. Os riscos alimentares compreendem: a) efeitos imediatos de proteínas tóxicas ou alergênicas do OGM; b) riscos causados por efeitos pleiotrópicos das proteínas transgênicas no metabolismo da planta; c) riscos mediados pela acumulação de herbicidas e seus metabólitos nas variedades e espécies resistentes; d) risco de transferência horizontal das construções transgênicas, para o genoma de bactérias simbióticas tanto de humanos quanto de animais.

Os riscos ecológicos abarcam: a) erosão da diversidade das variedades de culturas em razão da ampla introdução de plantas GM derivadas de um grupo limitado de variedades parentais; b) transferência não controlada de construções, especialmente daquelas que conferem resistência a pesticidas e pragas e doenças, em razão da polinização cruzada com plantas selvagens de ancestrais e espécies relacionadas. Os possíveis resultados são o declínio na biodiversidade das formas selvagens do ancestral; c) risco de transferência horizontal não controlada das construções para a microbiota da rizosfera; d) efeitos adversos na biodiversidade em razão de proteínas transgênicas tóxicas, afetando insetos não alvos, assim como a microbiota do solo, rompendo desta forma a cadeia trófica; e) risco de rápido desenvolvimento de resistência às toxinas implantadas no transgênico por insetos fitófagos, bactérias, fungos e outras pragas devido à pesada pressão seletiva; f) riscos de cepas altamente patogênicas de fitovírus emergirem em razão da interação do vírus com a construção transgênica que é instável no genoma dos organismos receptores e, portanto, são alvos mais prováveis para recombinação com DNA viral.

No que compete aos riscos agrotecnológicos, é possível explicitar: a) riscos de mudanças imprevisíveis em propriedades e características não alvo das variedades GM e em razão dos efeitos pleiotrópicos de um gene introduzido; b) riscos de mudanças

---

<sup>338</sup> COSTA, Thadeu Estevam Moreira Maramaldo *et al*. Avaliação de Risco dos Organismos Geneticamente Modificados. In: *Ciências e Saúde Coletiva*, n. 16, v. 1, 2007; p. 327-336. Disponível em: <<http://www.scielosp.org>>. Acesso em 15 dez. 2017.

transferidas nas propriedades de variedade GM que deveriam emergir depois de muitas gerações em razão da adaptação do novo gene ao genoma, com manifestação da nova propriedade pleiotrópica e as mudanças já citadas; c) Perda da eficiência do transgênico resistente a pragas em razão do cultivo extensivo das variedades GM por muitos anos; d) possível manipulação da produção de sementes pelos donos da tecnologia “terminator”. Entretanto, observa-se que a preocupação com a produção e utilização dos OGM por sua vez, e a combinação de riscos complexos e incertos com a existência de vulnerabilidades sociais e ambientais, torna ainda mais explosiva a necessidade da dialética entre produção-destruição inerente aos atuais modelos de desenvolvimento econômico e tecnológicos.

## **6 O DIREITO À INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO EM DEBATE: O PROJETO DE LEI Nº 4.148/2008 E O FIM DA ROTULAGEM OBRIGATÓRIA EM ALIMENTOS TRANSGÊNICOS**

Cuida reconhecer que o nascimento de um forte direito à informação é corolário de todas essas normas relacionadas à função social e à boa-fé, por intermédio das quais a liberdade de contratar assume novel feição, uma vez que a lei, detentora de preponderante papel nessa nova realidade, impõe a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: desde o momento pré-contratual, passando pela formação e execução do contrato, e até mesmo o momento pós-contratual. Ao lado disso, insta aduzir que a informação, como integrante da extensa rubrica de princípios orientadores do Direito do Consumidor, apresente como axioma maciço a educação e a harmonia de fornecedor e consumidores, no que se referencia aos seus direitos e deveres, com o escopo de promover a melhoria do mercado de consumo. Neste sentido, com clara dicção, o artigo 4º, inciso IV, da Legislação Consumerista, ao dispor sobre os preceitos contidos na Política Nacional de Defesa do Consumidor, espanca, dentre o rol de princípios inspiradores, a “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”<sup>339</sup>.

---

<sup>339</sup> CARVALHO, 2008, p. 10

Destarte, salta aos olhos que a informação, neste sedimento, se apresenta como postulado da liberdade, eis que inexistente plena liberdade sem acesso à informação. O direito à informação, enquanto integrante da robusta coluna principiológica de sustentação do Direito do Consumidor, visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Afora isso, impõe o reconhecimento que a informação é a pedra de sustento que viabiliza a utilização, por parte dos consumidores, dos produtos comercializados com ampla segurança e de modo satisfatório aos interesses acalentados.

Conquanto seja um direito básico do consumidor, e uma decorrência do princípio da transparência, a informação ao consumidor assume posição relevante para instrumentalizar sua defesa. É obrigação do fornecedor informar ao consumidor todos os dados acerca dos produtos e serviços, como quantidade, riscos, características, composição, data de validade, qualidade e preço, para que o consumidor possa exercer livre e conscientemente sua escolha (CDC, art. 6º, III, c/c os arts. 8º, 9º e 10). Entre o direito do consumidor e a obrigação do fornecedor intercala-se o dever do Estado de exigir e fiscalizar que essa informação seja efetivamente procedida e da forma adequada. Só assim estará implementado o direito e assegurado o cumprimento da obrigação<sup>340</sup>.

Neste alarimé, tão somente os consumidores bem informados conseguem, de fato, usufruir, de maneira integral dos benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, assim como proteger-se de maneira adequada dos riscos apresentados. A proteção contra riscos decorre dos ideários fundantes da obrigação de segurança que, contemporaneamente, por força das imposições legais, são colocados como premissas para o exercício de qualquer atividade profissional no mercado de consumo, assumindo verdadeira natureza autônoma. Ademais, há que se anotar que a informação é elemento preponderante ao fomento da concorrência, porquanto, em sendo os consumidores bem informados, poderão adquirir produtos e serviços, de maneira mais

---

<sup>340</sup> ALMEIDA, 2009, p. 62

consciente ou mesmo evitando a sua aquisição, sendo que o corolário em comento se apresenta como axioma que fomenta a conscientização do consumidor. À sombra do expendido, o direito à informação, consagrado na Legislação Consumerista, está indissociavelmente atrelado aos elementos essenciais para que o consumidor manifeste seu consentimento, de maneira esclarecida e ciente.

Dessa sorte, a informação deve guardar relevância para o uso do produto, para a sua aquisição, para a segurança. No mais, a informação tem como fito: (i) a conscientização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito; (ii) possibilidade de averiguação, em consonância com os critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço; (iii) diversificação de oportunidades para comparar os múltiplos produtos; (iv) conhecimento dos entendimentos jurídicos subjetivos próprios e alheios que se manifestam na contextualidade das séries infundáveis de situações de consumo; (v) celeridade e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora ou decisória, de conflitos de mercado de consumo.

Neste cenário, o Projeto de Lei nº 4.148, de 16 de outubro de 2008, já aprovado na Câmara dos Deputados Federais e pendente de votação no Senado Federal, representa verdadeiro retrocesso aos direitos contidos na legislação consumerista, eis que ofende o princípio da informação, suprimindo a imprescindibilidade do ícone identificador dos alimentos transgênicos na rotulagem dos produtos. O texto disciplina as informações que devem constar nas embalagens para informar sobre a presença de ingredientes transgênicos nos alimentos. Na prática, o projeto em análise revoga o Decreto 4.680/03, que já regulamenta a temática. Em consonância com o texto aprovado pela Câmara dos Deputados, nos rótulos de embalagens para consumo final de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal deverá ser informada ao consumidor a presença de elementos transgênicos em índice superior a 1% de sua composição final, se detectada em análise específica. Com destaque, a alteração pretendida pelo projeto de lei em comento possui como redação final, quando da aprovação na Câmara dos Deputados, o seguinte conteúdo:

Art. 40. Os rótulos dos alimentos e dos ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, oferecidos em embalagem de consumo final, que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados com presença superior a 1% (um por cento) de sua composição final, detectada em análise específica, conforme regulamento, deverão informar ao consumidor a natureza transgênica do alimento.

§1º A informação estabelecida neste artigo deve constar nos rótulos dos alimentos embalados na ausência do consumidor, bem como nos recipientes de alimentos vendidos a granel ou in natura diretamente ao consumidor, devendo ser grafada, em destaque, de forma legível, utilizando-se uma das seguintes expressões, conforme o caso, “(nome do produto) transgênico” ou “contém (nome do ingrediente) transgênico”.

§ 2º Aos alimentos que não contenham organismos geneticamente modificados será facultada a rotulagem “livre de transgênicos”, comprovada a total ausência no alimento de organismos geneticamente modificados, por meio de análise específica.

§ 3º A informação de que trata o § 1º deverá atender ao tamanho mínimo de letra definida no Regulamento Técnico de Rotulagem Geral de Alimentos Embalados<sup>341</sup>.

Verifica-se, portanto, que a redação do projeto retira a imprescindibilidade da identificação, imposta pelo decreto, de o consumidor ser informado sobre a espécie doadora do gene no local reservado para a identificação dos ingredientes. Além do fim do símbolo que identifica os produtos com transgênicos, no caso dos alimentos que não contenham OGM, o projeto mantém regra do atual decreto que permite o uso da rotulagem “livre de transgênicos”. Ora, há que reconhecer que o projeto de lei em comento, caso aprovado pelo Senado Federal e sancionado pela Presidente da República, materializará ofensa patente ao princípio da informação, porquanto omitirá dado imprescindível para o conhecimento do consumidor, no que toca à composição do

---

<sup>341</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.148, de 16 de Outubro de 2008*. Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 15 dez. 2017



alimento adquirido. Mais que isso, quadra esclarecer que, independente da porcentagem de elementos transgênicos constantes no produto, é fato que o consumidor possui direito à tal informação.

## **7 CONCLUSÃO**

Por se tratar de uma nova tecnologia e considerando o reduzido conhecimento científico a respeito dos riscos de OGMs, torna-se indispensável que a liberação de plantas transgênicas para plantio e consumo, em larga escala, seja precedida de uma análise criteriosa de risco à saúde humana e do efeito desses produtos e serviços ao meio ambiente, respaldadas em estudos científicos, conforme prevê a legislação vigente. Assim, normas adequadas de biossegurança, licenciamento ambiental, e mecanismos e instrumentos de monitoramento e rastreabilidade são necessários para assegurar que não haverá danos à saúde humana, animal e ao meio ambiente. Também são imprescindíveis estudos de impacto socioeconômicos e culturais, daí a relevância da análise da oportunidade e conveniência que uma nação deve fazer antes da adoção de qualquer produto ou serviço decorrente da transgenia.

Ora, há que se reconhecer que a supressão do símbolo identificador de elementos transgênicos em produtos a serem adquiridos pelo consumidor, ainda que em quantidade inferior a 1% (um por cento), materializa clara afronta ao direito à informação e ao escopo sustentador do Direito do Consumidor, porquanto retira importante conquista na tábua de direitos inerentes àquele. Mais que isso, o Projeto de Lei nº 4.148/2008 materializa, de maneira ofuscante, o interesse dos fornecedores e grandes conglomerados empresariais em detrimento dos direitos do consumidor. Desta feita, há que se reconhecer que sobredito projeto ofende, diretamente, a tábua principiológica do Direito do Consumidor, notadamente o aspecto de vulnerabilidade e o direito à informação.

## **REFERÊNCIAS:**

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 4.148, de 16 de Outubro de 2008*. Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 15 dez. 2017

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 15 dez. 2017.

CARVALHO, José Carlos de Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

COSTA, Thadeu Estevam Moreira Maramaldo *et all*. Avaliação de Risco dos Organismos Geneticamente Modificados. *In: Ciências e Saúde Coletiva*, n. 16, v. 1, 2007; p. 327-336. Disponível em: <<http://www.scielo.org>>. Acesso em 15 dez. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 15 dez. 2017.

MOSS, Bob. *Genetically Modified Organisms (GMOs): Transgenic Crops and Recombinant DNA Technology*, 2008. Disponível em: <<http://www.nature.com>>. Acesso em 15 dez. 2017.

NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar. *In: Revista Nutrição*, n. 16, v. 1, 2003, p. 105-116. Disponível em: <<http://www.scielo.br>> Acesso em 15 dez. 2017.

RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Victor Augustus. A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil. *In: Ciência e Saúde Coletiva*, n. 17, v. 2, 2012, p. 359-368. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 15 dez. 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 15 dez. 2017.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. *In: Jurid Publicações Eletrônicas*, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 15 dez. 2017.

ZANONI, Magda; FERMENT Gilles. *Transgênicos alimentos para quem?* Agricultura, Ciências e Sociedade. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2011.

## PERSPECTIVAS MERCADOLÓGICAS DA CIRCULAÇÃO DE DADOS PESSOAIS.

Plínio Lacerda Martins <sup>342</sup>

Paula Cristiane Pinto Ramada <sup>343</sup>

Bruno Falque Rodrigues Marques <sup>344</sup>

**Resumo:** O presente trabalho objetiva estudar como a evolução do estado da técnica foi um fator primordial para a criação de novos modelos de negócios baseados na comercialização de informações a respeito de usuários que, ao usufruir de determinados serviços – em maioria “gratuitos” –, tem informações a seu respeito coletadas, processadas e mercantilizadas. Nessa relação de consumo, há uma confusão entre o consumidor e o próprio produto. Esse fenômeno começou após a década de 1960, uma vez que, até então, apenas o Estado tinha acesso a meios adequados de obtenção e utilização das informações pessoais. Com a melhoria da técnica, tornou-se possível para a iniciativa privada coletar e dar utilidade para a informação por um custo razoável, oferecendo-se assim uma nova gama de possibilidades para o emprego dessas informações, visto que essas são essenciais para se obter maior controle sobre os consumidores, com a maior eficiência possível. Assim, o trabalho analisará como a evolução da tecnologia trouxe mudanças profundas no panorama da privacidade e dos dados pessoais, trazendo discussões até mesmo a respeito da natureza desses dados, sendo esses por vezes tratados como propriedade intelectual.

**Palavras-chave:** Dados pessoais, exploração dos dados pessoais, propriedade intelectual, *profiling*.

---

<sup>342</sup> Doutorando em Direito no Curso de Sociologia e Direito da UFF, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF, Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense – UFF, Professor da Pós-graduação da FGV

<sup>343</sup> Doutoranda em Justiça Administrativa pela UFF., Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela UNIPAC. Especialista em Direito do Consumidor pela UGF. Professora substituta do Instituto Federal do Sudeste Mineiro – IFET, Professora da Universo – JF.

<sup>344</sup> Graduando em Direito pela UFF, Graduado em Empreendedorismo e Inovação pela UFF

**Abstract:** The present study aims to analyse the evolution of state of art as primordial factor for the creation of new business models based on the commercialization of information regarding costumers that, by using services and products – most of the time "free" -, have their data convented, processed and comercialized. In this kind consumption relashionship, there is a confusion between the consumer and the product itself. This phenomenon began in the 1960s, because, until then, only the public iniciative could access the appropriate means for obtaining and using personal information. Due to a technical improvement for production and a utility for private initiative, it was possible to collect and use information for a reasonable cost, offering a new range of possibilities. Technology not only modified the sources of informations, but also the recipients. In the information age, data is treated as commodity, serving the purpose of creating products that sell more, or even better advertising strategies. With the revolution brought by the internet of things, the user has just been monitored almost uninterrupted. Thus analytical work as a development of technology goes deep into the landscape of privacy and personal data, bringing discussions even about the nature of the data, these being for reasons of intellectual property.

**Keywords:** Personal data, exploitation of personal data, intellectual property, profiling.

## 1 INTRODUÇÃO

No mundo pós 4ª revolução industrial, os mais diversos aspectos da vida em sociedade são intermediados por serviços digitais, desde as relações afetivas ao labor, passando pelo entretenimento e lazer. A vida na sociedade da vigilância é uma grande rede de consumidores interligados por meio de transmissões e telas. Todavia, com o surgimento de fenômenos como a internet das coisas, torna-se cada vez mais difícil delimitar a fronteira entre o usuário e o produto.

Ocorre que, na atualidade, o fluxo de informações corre em via dupla. Ao mesmo tempo que o usuário obtém informações, seus hábitos de consumo e comportamento são coletados, processados e armazenados em bancos *big data*. A tecnologia não só intensificou o fluxo das informações, mas modificou suas fontes e destinatários<sup>345</sup>. Na era da informação, os dados pessoais são tratados como *commoditie*, servindo ao

---

<sup>345</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9.

propósito de criar produtos que vendam mais, ou até mesmo direcionar novas estratégias de publicidade.

O processo de comercialização dos dados pessoais colocou em oposição duas pretensões que colidem em diversos aspectos da vida em uma sociedade capitalista. Por um lado, há os consumidores que veem (ou pior, muitas vezes não enxergam) seus dados sendo comercializados, precisando até mesmo pagar pela proteção de sua da privacidade. No polo oposto, os empreendedores do mercado da informação precisam proteger seus investimentos de capital, trabalho e tempo na elaboração de seus bancos de dados, atualmente protegidos sob a égide da propriedade industrial.

## 1.1 DEFINIÇÕES PRELIMINARES

### 1.1.1 DADOS PESSOAIS

O presente trabalho parte da definição de dados pessoais encontrada na Convenção nº 108 da União Europeia, devido a sua influência sobre diversos textos normativos, como a Diretiva 95/46/CE, que serviu de fundamento para boa parte dos dispositivos legais a respeito do assunto. A primeira define dados pessoas como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou susceptível de identificação (titular dos dados)”, enquanto a segunda incorporou essa noção ao estabelecer que dados pessoais são “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (pessoa em causa)”.

Entre os ordenamentos que incorporaram essa definição, temos o exemplo da Lei nº 67/98 de Portugal (“LEI DA PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS”), em seu Art. 3, entende que “Dados pessoais” são “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados)”. Portugal, sendo o primeiro país a constitucionalizar a proteção de dados pessoais, no Art. 35 de sua Carta Magna versa que “Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.”

### 1.1.2 INFORMAÇÕES

Há uma certa confusão na diferenciação entre dados e informações, uma vez que ambos os termos podem ser utilizados para representar um determinado fato ou aspecto da realidade. Todavia, há uma certa diferenciação entre eles. Os dados representam um fato em seu estado mais elementar e, por conta disso, não tem um significado expreso. Por outro lado, as informações são um conjunto de dados, arrumados de maneira significativa, ou seja, atribuindo um certo significado para esses dados em um contexto específico. Os dados são, portanto, a informação em seu “estado bruto”<sup>346</sup>.

Já o termo informação pessoal se refere a um conjunto de dados que concerne às características ou ações atribuíveis a uma pessoa. São exemplos, seu nome civil, domicílio, dados referentes ao seu consumo, informações a respeito das suas opiniões manifestas e etc. Com o intuito de caracterizar uma determinada informação como informação pessoal, é essencial que seja possível traçar um nexos direto entre a informação e a pessoa, de forma que, a primeira possa ser imputada a segunda. Por exemplo, opiniões alheias a respeito de um indivíduo não são dados pessoais, uma vez que, apesar de serem informações a seu respeito, não é possível traçar um vínculo direto entre esse conjunto de dados e a própria pessoa<sup>347</sup>.

Dentro da categoria das informações pessoais, há uma subcategoria cujo esclarecimento é importante. Os dados sensíveis são informações que, devido a sua natureza, quando em circulação, acabam colocando o indivíduo em risco. Isso ocorre porque são dados que expõem a pessoa a situações de discriminação. São exemplos a orientação sexual, religiosidade, opinião política, etnia e características genéticas do indivíduo. Sua proteção está sobre análise, visto que está contida no Art. 5, III, do Projeto de Lei número 5.276/2016<sup>348</sup>.

## 1.2 PERSPECTIVA HISTÓRICA

---

<sup>346</sup> SHRIVASTAVA; SOMASUNDARAM. *Armazenamento e Gerenciamento de Informações: Como armazenar, gerenciar e proteger informações digitais*. São Paulo: Bookman, 2009, p. 27-28.

<sup>347</sup> Serra, J. Paulo. *Manual de Teoria da Comunicação*. Covilhã: Livros Labcom, 2007. p.93-101.

<sup>348</sup> “Dados sensíveis: dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou morais, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual e dados genéticos ou biométricos.”

Até a década de 1960, a proteção à privacidade estava diretamente ligada a estratos sociais ditos mais elevados<sup>349</sup>. Esse “elitismo” decorria do fato de que o tema era essencialmente tratado em ordenamentos de cunho evidentemente individualista. Além disso, a informação ainda não era tratada como um bem valioso, com exceção daquela relativa à determinadas figuras de maior exposição midiática, uma vez que, tais indivíduos eram mais propícios a ofensas contra sua privacidade, imagem e honra. Observa-se que, até então, a jurisprudência sobre a matéria assemelha-se a uma compilação de celebridades de cada época.

Em virtude do desenvolvimento tecnológico, o fluxo de informações tornou-se cada vez maior. O incremento da capacidade de coletar, processar, armazenar e utilizar dados proporcionou um aumento no valor da informação. A partir desse momento, o cidadão comum passa a ter sua privacidade (a informação pessoal) como objeto de interesse tanto privado quanto estatal. Tal situação fundamenta-se em dois argumentos: a eficiência e o controle.<sup>350</sup>

Do ponto de vista estatal, como a primeira entidade a de fato coletar e utilizar dados pessoais, o fator eficiência respalda que, quanto mais acurado for o conhecimento do Estado com relação a seus cidadãos, mais competente este será na administração pública. Quando se trata do controle, esse conhecimento potencializa uma série de possibilidades de controle social, o que se confirma com a percepção de que um forte controle de informações é característica marcante de estados totalitários.<sup>351</sup>

Ao tratar do setor privado, é perceptível que fora da esfera estatal os meios de obtenção e tratamento dos dados pessoais eram demasiadamente caros. Com a melhoria da técnica, tornou-se possível coletar e dar utilidade para a informação por um custo razoável, oferecendo-se assim uma nova gama de possibilidades para o emprego dessas informações. Nota-se que a tecnologia não só intensificou o fluxo das informações, mas modificou suas fontes e destinatários. Surge então o termo “vontade da técnica”, ou

---

<sup>349</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.6.

<sup>350</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.7.

<sup>351</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 73-79.



seja, as impressões que essa causa na sociedade e no ordenamento, seguindo o postulado "o que pode ser feito será feito."<sup>352</sup>

A tecnologia não encontra limites naquilo que o homem conhece anteriormente a ela. Ou seja, suas possibilidades extrapolam o conhecimento humano prévio à sua concepção. A tecnologia busca a inovação, *evolution of the state of art*. Esse fenômeno acaba gerando uma grande imprevisibilidade, sendo este uma característica de nosso tempo. Nossa convivência com essa imprevisibilidade não é limitada por valores éticos ou morais, mas sim, por um cálculo estatístico em que se assume o risco de violar os direitos do indivíduo em favor da produção em massa. Na sociedade de risco os grandes números são postos acima das particularidades. O indivíduo é diluído pela estatística. A tecnologia, todavia, é um fruto da criação humana, sendo destinada a se relacionar com ele. Seus defeitos são, portanto, condicionados pela utilização que o homem dá a tecnologia.<sup>353</sup>

Em uma sociedade em constante mudança, novas relações que devem ser reguladas pelo direito surgem a todo tempo. Um direito incapaz de compreender a dinâmica da influência tecnologia sobre a sociedade é um ordenamento que foi furtado de seu tempo, já que não tem mais contato com a realidade fática. Está fadado a se tornar obsoleto. Para atingir o seu objetivo de tutelar a pessoa humana, cabe ao direito não só acompanhar a tecnologia, mas sim criar projeções e estar atento às tendências.

## 2 PERSPECTIVAS MERCADOLÓGICAS E O VALOR COMERCIAL DOS DADOS PESSOAIS

Devido aos fatores eficiência e controle e à diminuição do custo de coleta, tratamento e uso da informação, os dados pessoais se tornaram o “petróleo da internet”, ou seja, uma moeda de troca no mundo informacional. Na era da informação, os dados pessoais são tratados como *commoditie*, servindo ao propósito de criar produtos que vendam mais, ou até mesmo direcionar novas estratégias de publicidade. As informações a respeito

---

<sup>352</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.9.

<sup>353</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Cit., p. 19-26.

dos consumidores são essenciais para se obter maior controle sobre eles, com a maior eficiência possível.<sup>354</sup>

As novas facetas que a informação obteve deram origem a uma série de modelos de negócios baseados na comercialização das mesmas. Tal fato pode acarretar em um desequilíbrio das relações de consumo, uma vez que, o fluxo de informações é desigual entre os eixos fornecedor e consumidor. O mecanismo de busca *google.com* é um exemplo desse fenômeno, pois, toda vez que os consumidores utilizam um de seus serviços – muitos deles gratuitos –, ele está gerando nova “matéria prima” para a empresa. Seus dados estão sendo coletados para serem comercializados. Ocorre uma confusão entre o consumidor e o próprio produto nessa relação de consumo.<sup>355</sup>

Para a manutenção desses modelos, um elemento essencial são os bancos de dados automatizados, ou seja, “*um conjunto de informações estruturado de acordo com uma determinada lógica*”. Entende-se como lógica a busca pelo máximo de eficiência na organização dos dados, de forma que, é possível extrair e utilizar os dados de maneira mais eficiente. A Lei de direitos autorais (Lei 9.610/96), em seu Art. 7º, XIII, estabelece a possibilidade de proteger os bancos de dados como propriedade intelectual, desde que a “seleção, organização ou disposição de seu conteúdo” de seu conteúdo seja suficiente para caracterizar uma obra do intelecto humano.

O *profiling* – procedimento de traçar perfis de consumidores a partir de seus hábitos de consumo – é indispensável para a realização da chamada publicidade comportamental. Ou seja, com base no perfil em que o indivíduo se enquadra, esse se tornará alvo de mensagens publicitárias construídas com o intuito de atender com maior eficiência aos seus interesses presumidos.<sup>356</sup>

A publicidade comportamental é uma ferramenta tecnológica, portanto, sua utilização não pode ser antevista como exclusivamente nociva. Todavia, essa técnica pode causar

---

<sup>354</sup> DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Escola Nacional de Defesa do Consumidor; elaboração Danilo Doneda. – Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 15-72.

<sup>355</sup> DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Cit, p.15-72.

<sup>356</sup> DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Cit, p.15-72.

uma acentuação no desequilíbrio das relações de consumo, uma vez que, duas possíveis consequências (muitas vezes observadas empiricamente) de sua utilização são a diminuição da própria liberdade de escolha, além da discriminação entre os consumidores. Isso ocorre porque a utilização de dados coletados a partir dos comportamentos do indivíduo, como forma de influenciar o contato futuro que este terá com o mercado, pode limitar suas opções de escolhas devido ao seu enquadramento em determinado perfil. Esse fenômeno acaba reforçando os padrões de comportamento.

Outra consequência negativa é o *adaptive pricing*, ou seja, a prática de alterar o preço cobrado pelo produto ou serviço de acordo com os perfis de consumidores. Essa prática é expressamente discriminatória, uma violação do princípio da igualdade dos consumidores perante o mercado. Outra forma de discriminação é o acesso negado de determinados consumidores a um conteúdo em específico por conta da sua inadimplência em relação jurídica passada. Por último, um outro risco do *profiling* é a possibilidade de traçar quais perfis são mais vulneráveis a determinados golpes e atividades criminosas, facilitando assim sua execução.

### 3 MÍDIAS INTERATIVAS E INTERNET DAS COISAS

Os meios de comunicação interativos – modelo em que em troca do usufruto do serviço, o usuário disponibiliza suas informações para coleta – trouxeram uma mudança no paradigma da coleta de dados. Devido a sua natureza, há um fluxo de comunicação eletrônica constante entre os usuários e os gestores de bancos de dados. Além de aumentar o controle sobre os consumidores, isso permite uma coleta de dados a respeito dos hábitos, preferências, tendências e interesses em tempo real e atualizado.

Já o termo internet das coisas se relaciona com uma realidade onde os mais diversos artigos eletrodomésticos estarão interconectados. Certamente, os fabricantes desses produtos poderão tirar vantagens disso, uma vez que será possível fazer uma coleta ininterrupta dos dados dos usuários desses dispositivos. Hoje, basta não comprar produtos com esse tipo de funcionalidade, mas em um futuro próximo, o mercado possivelmente estará ocupado por produtos desse tipo.<sup>357</sup>

---

<sup>357</sup> BECKER, Maxilian. *Direitos sobre Dados Industriais e a Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*. Revista da ABPI, 145ª edição. 2016, p.62.

As duas tendências tecnológicas são uma excelente ilustração de como tecnologias que são projetadas para melhorar a qualidade de vida e experiência de consumo podem acabar se tornando perigosas para o consumidor. O que está em jogo não é a integridade física do usuário, mas sim sua privacidade e liberdade de escolha<sup>358</sup>.

#### 4 PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NA ESFERA CIVIL

Quando surgiram as primeiras tentativas de proteger a privacidade frente ao desenvolvimento tecnológico, os computadores então de ponta, utilizados para o tratamento dos dados pessoais, eram de potência similar aos atuais computadores de uso pessoal. Evidentemente, a produção normativa da época encontra-se totalmente defasada. As definições de arquivos pessoais, dados e banco de dados precisaram ser totalmente atualizadas. Devido ao desenvolvimento tecnológico, os paradigmas contemporâneos de proteção dos dados pessoais passaram a utilizar como ponto de referência não mais os dados puramente tecnológicos. Cada vez mais dá-se ênfase às características do sujeito ao qual os dados se referem (ente público ou privado) e à finalidade da coleta desses dados.<sup>359</sup>

Isso demonstra que não só o panorama tecnológico mudou, mas também o panorama normativo. Com o passar do tempo, a legislação a respeito do tratamento dos dados passou a exceder a própria temática da privacidade como esfera privada individual. Além disso, o movimento normativo de proteção dos dados acabou sendo um precursor do direito de acesso à informação. Partindo do ponto da autodeterminação informativa, cada sujeito resguarda seu patrimônio informativo, fazendo com que as normas passassem a tratar cada vez mais da circulação das informações, pessoais ou não, sob controle público, em vez de focar na proteção da esfera privada individual.

Essa transparência se justifica como essencial para a democracia, uma vez que, o controle das informações e a tutela dos seus dados pessoais estão intimamente ligados

---

<sup>358</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 80-85.

<sup>359</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 41-73.

ao seu poder político. Logo, um estado democrático é aquele em que os indivíduos (povo) têm suas informações resguardadas, enquanto seus governantes têm sua esfera de proteção privada reduzida. Ao contrário, os regimes autoritários se caracterizam como aqueles em que os governantes têm um alto grau de controle sobre seus cidadãos, enquanto a sociedade como um todo tem pouco acesso às informações relativas à alta esfera do governo. Dessa forma, a proteção da privacidade e uma sociedade “mais aberta” deixaram de ser uma dicotomia, uma vez que os dois princípios são conciliados em um *continuum*.<sup>360</sup>

Essa mudança na conjuntura dos dados pessoais não ocorreu somente na esfera estatal. Houve também uma mudança mercadológica do valor dos dados pessoais, principalmente porque o coletor das informações normalmente é o provedor de um serviço informacional interativo. Em troca do usufruto do serviço, o usuário disponibiliza suas informações para coleta. Dentro desse contexto, há um fluxo de informações nos dois sentidos, todavia, o controle a respeito desse fluxo acaba tendendo (quase exclusivamente) para um lado.

Cabe então à inovação institucional criar um caminho em que o controle também ocorra em dois sentidos, fazendo com que essa relação se torne mais transparente no sentido do coletor para o usuário. Tal proposição se baseia no princípio da privacidade como “*control of information about yourself*”. Ou seja, um poder de regulação autônomo e dinâmico, apesar de polêmico, baseado na previsão de um direito de acesso. Dessa forma, o indivíduo tem nas próprias mãos a possibilidade de acessar as informações que foram coletadas a seu respeito.

Esse direito de acesso dá ao indivíduo um poder de controle um pouco maior dentro da relação de consumo e coleta dos dados. Todavia, a insistência nesse controle individual sem uma integração maior com mecanismos de controle coletivo resulta em uma estratégia falha. É preciso, além de integrar os mecanismos, diferenciar os dispositivos dependendo da finalidade da coleta dos dados. Isso só pode ser feito a partir de uma análise mais profunda dos interesses envolvidos nesse fenômeno. Essa análise, costumeiramente, é obscurecida por dois fatores: os veículos de grande mídia focam

---

<sup>360</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Cit., p. 73-91.

quase exclusivamente nos problemas relacionados ao binômio tecnologia/privacidade individual, uma vez que o público em geral tende a ser mais sensível ao tema. Além disso, o controle individual através do direito de acesso é a alternativa mais barata para os gerenciadores de grandes bancos de dados.

Há quem defenda que esta política de proteção baseada no alargamento das instituições não é a melhor alternativa. Argumentam que em tempos de crise, a utilização dos dados é necessária para uma estratégia eficiente de recuperação do mercado, além do fato de que os mecanismos de proteção da privacidade poderiam representar um repasse desnecessário de custos para a iniciativa privada. Por conta disso, há uma corrente que defenda que a privacidade deveria ser regulada através das leis de mercado, sendo protegida a medida em que o indivíduo sentisse necessidade de pagar por essa proteção. Todavia, deve-se levar em consideração também, o fato de que em tempos de crise, há também uma tendência à utilização autoritária dos dados.

O problema é que as próprias relações de consumo e coleta de dados acabam levando a um obscurecimento da necessidade da proteção da intimidade. Na grande maioria das vezes, os consumidores encontram-se em uma posição de fragilidade frente aos mecanismos de coleta de dados. Em uma relação com tamanha disparidade, é impossível falar em consentimento livre e voluntário. Essa linha de pensamento traz a tona questões como a proteção do contratante mais fraco e a indisponibilidade de determinados direitos. Considerando que hoje o mercado está permeado por um desequilíbrio nas relações de consumo e que a privacidade está englobada em uma esfera de proteção geral dos direitos civis e é um elemento integrante da democracia moderna, uma visão proprietária seria redutível.<sup>361</sup>

Considerando que as empresas já arcam com custos relacionados com a proteção dos trabalhadores, do meio ambiente e da tutela dos consumidores, é impossível presumir que a proteção dos dados tenha importância inferior. Além disso, em uma pesquisa promovida pela Comissão da Comunidade Econômica Europeia foi constatado que os empreendedores não julgam excessivos os custos relacionados à proteção dos dados.

---

<sup>361</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Cit., p. 41-97.

Além disso, a adoção de modelos e regras de circulação dos dados pode gerar uma gestão mais racional e econômica dos bancos de dados.

Um desdobramento da evolução da proteção à privacidade e aos dados pessoais é a recém-adquirida dimensão coletiva do tema. O cidadão comum passa a ser monitorado porque as informações a respeito dele são informações a respeito do grupo social do qual faz parte. Determinados grupos sociais acabam se encontrando em uma situação de maior vulnerabilidade com relação a violação da privacidade, uma vez que, tais ofensas ocorrem com o intuito de identificar sujeitos coletivos, minorias sociais (ou até majorias). O procedimento de traçar perfis de consumidores a partir de seus hábitos de consumo e atos se chama *profiling*. Traça-se um paralelo entre os dados coletados em seu histórico de compras, produtos visualizados e outros dados pessoais disponíveis com os dados de outras pessoas, de forma que, futuramente, será possível presumir quais são seus interesses.<sup>362363</sup>

O ordenamento jurídico só poderá cumprir seu papel a partir do momento em que se adapta a situação fática. Na conjuntura contemporânea, é preciso levar em consideração que a tecnologia é um vetor de elevada relevância na construção da arquitetura social. Além disso, a medida que o direito se aproxima de uma área com maior influência da tecnologia, observa-se que o grau de indeterminação na tentativa de regular essa relação jurídica aumenta. Isso transcorre do caráter fluido e dinâmico da tecnologia.<sup>364</sup>

Faz-se necessário, então, encarar a questão a partir de análises a longo prazo, antecipando tendências futuras. Essa é a única forma de solucionar uma problemática tão complexa, que está inserida em um contexto de incessantes mudanças, além de envolver diferentes fatores que estão em constante conflito entre si, como exigências, interesses e valores.

## 5 PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SOB A ÉGIDE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

---

<sup>362</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Cit., p. 41-97.

<sup>363</sup> DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Cit, p.15-72.

<sup>364</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Cit., p. 41-97.

## 5.1 O QUE É PROPRIEDADE INTELECTUAL

O professor Denis Borges versa a respeito da propriedade intelectual o seguinte:

“A Convenção da OMPI define como Propriedade intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.”

Portanto, os direitos de propriedade intelectual são um conjunto de direitos que pretende recompensar o criador de uma obra advinda do intelecto humano pelo seu trabalho. A área jurídica incide sobre a propriedade intelectual através de leis que garantem aos responsáveis pela produção intelectual – seja essa industrial, científica, ou artístico – o direito de impedir terceiros de utilizarem suas obras sem prévia autorização, ou, no caso da propriedade industrial, como as patentes, o direito de impedir terceiros de utilizarem de suas criações por um período de tempo. A propriedade intelectual é dotada de um aspecto patrimonial, sendo assim, os direitos relativos a exploração econômica da criação, e os direitos morais, sendo esses a constituição de um vínculo indissolúvel entre a obra e o criador.<sup>365</sup>

## 5.2 A CIRCULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SOB A PERSPECTIVA MERCADOLÓGICA E SUA PROTEÇÃO COMO PROPRIEDADE INTELECTUAL

Os temores a respeito de uma visão mais mercadológica da circulação dos dados pessoais se fundamentam principalmente nas falhas do mercado. Argumenta o professor Paul M. Shwartz, em seu trabalho para a Berkeley Law School, que reger a comercialização das informações dos consumidores apenas pelas leis do livre mercado levaria a uma corrida para a desvalorização dos dados pessoais, perpassando por um obscurecimento do próprio valor que os consumidores passariam a dar para sua privacidade.

---

<sup>365</sup>

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 edição. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.



Além disso, a proteção à privacidade informacional é encarada pelo autor como um bem público. Tal concepção decorre da ideia de que a privacidade é essencial para manter um certo nível de anonimato, sendo assim, imprescindível para as interações sociais. Outro ponto importante é o fato de que uma vez que a privacidade passe a ser vista como propriedade, aqueles que não tem condições de pagar pela sua proteção estariam fadados a sofrer consequências mais severas da monetarização das informações pessoais do que os mais bem afortunados. Portanto, a proteção aos dados pessoais deveria ser encarada como direito básico.

Conclui o autor, então, que os dados pessoais deveriam ser inalienáveis, ao contrário da propriedade privada em geral. Todavia, em seu próprio trabalho, reconhece ele que a propriedade intelectual goza de características interessantes para a proteção dos dados pessoais. Para começar, a propriedade intelectual é comumente encarada de forma diferente da propriedade privada genérica. Enquanto a última costuma ser definida como direito de usufruir de um bem com exclusividade, privando os outros do mesmo, a propriedade intelectual é encarada como um conjunto de direitos.

Os direitos autorais, por exemplo, têm uma esfera patrimonial e uma esfera moral. Enquanto a primeira se relaciona com o direito de explorar economicamente as criações humanas, cessando 25 anos após a morte do autor (no Brasil), a segunda é um vínculo indissolúvel entre o autor e sua criação. Ao ceder os direitos para uma editora, o autor está apenas dispondo do direito de exploração da obra por um determinado período de tempo, com uma finalidade certa.

A proteção dos dados pessoais poderia partir de mecanismo análogo, segundo o qual os consumidores abririam mão da sua privacidade, no sentido de ter seus dados coletados por uma empresa. Todavia, essa coleta deveria ser feita com uma determinada finalidade, sendo defeso o desvio da mesma, além de ter sua futura comercialização subordinada ao aceite do titular dos dados. Esse modelo evitaria um problema comum aos consumidores de hoje: uma vez que seus dados são coletados, sua circulação e utilização acabam acontecendo de maneira livre e completamente fora do conhecimento do indivíduo que teve seus dados coletados.

Para tanto, faz-se necessário prestar atenção em alguns elementos. O primeiro deles é a inalienabilidade, ou seja, precisa-se estabelecer limites para a transferência, uso e disposição dos dados pessoais. A inclusão desse parâmetro nas relações de comercialização dos dados pessoais requer a criação de mecanismos que permitam ao consumidor monitorar a utilização dos seus dados, além de permitir que terceiros possam verificar se os dados que estão adquirindo de uma empresa foram propriamente dispostos.

Outro mecanismo de grande importância é o direito de desistir da transferência dos dados. Afinal, não faria sentido algum dar ao indivíduo o poder monitorar a circulação e utilização dos seus dados pessoais sem a possibilidade de fazer cessar possíveis violações dos seus interesses. Este mecanismo impediria que as empresas especializadas na comercialização dos dados estabelecessem um baixo nível de proteção à privacidade como normal para o mercado, além de impedir que negociações ruins para o consumidor tivessem consequências a longo prazo, ou muitas das vezes, irreversíveis.

Assim como diversos outros direitos, inclusive os direitos de proteção à propriedade intelectual como hoje são conhecidos, a proteção dos dados pessoais necessitaria de um apoio institucional. A formatação e manutenção desses direitos dependeria da atuação de entidades específicas para sua execução.

Um segundo argumento que pode ser utilizado para sustentar a proteção dos dados pessoais como propriedade intelectual é o fato de que as empresas já gozam de tal proteção, ao contrário do consumidor. Os bancos de dados já são protegidos pela Lei de Direitos autorais, em seu Art. 7º, inciso XIII, que define que “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, **bases de dados** e outras obras (...)” Essa proteção decorre do trabalho intelectual empregado em sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, uma vez que o emprego do trabalho humano é essencial para dar significado aos dados coletados.

Portanto, se a propriedade intelectual já protege as empresas, nada mais lógico do que utilizar seus mecanismos para proteger os consumidores também. Como diversas criações tecnológicas já são protegidas dentro dessa esfera, como as patentes e os

softwares, seus mecanismos já são mais apropriados para superar questões relativas à atualização dos dispositivos legais mediante a velocidade que a tecnologia avança.

É importante ressaltar que, ao discutir a circulação dos dados pessoais sob a perspectiva mercadológica, não se pode cair na armadilha (ou preguiça intelectual) de defender uma pura desregulamentação e desmonte institucional, baseando-se principalmente nos altos custos com a proteção dos dados pessoais que seriam repassados para as empresas, além do respeito à autonomia do indivíduo. Muito pelo contrário, é preciso trazer os instrumentos que protegem os comerciantes da informação para a esfera da tutela do consumidor. O equilíbrio deve se tornar o norte de uma relação tipicamente desequilibrada: o consumidor (que se confunde com o produto) *versus* o empreendedor<sup>366</sup>.

## 6 CONCLUSÃO

A perspectiva mercadológica tende a levar a competição pelo domínio comercial a esferas que deveriam ser regidas pela tutela da dignidade da pessoa humana. Costumeiramente se torna palpável os efeitos da comercialização de serviços essenciais, como a saúde e a educação. A proteção da privacidade é uma temática que acaba sendo deixada de lado quando colocada em contraste com necessidades mais primais. Todavia, não se pode ignorar sua importância, ainda mais na *era da informação*.

A tecnologia deve ser posta em função do bem-estar humano, não o contrário. Da mesma forma, o livre mercado e a concorrência devem ser fatores que tragam benefícios aos consumidores, resultando em melhores produtos e serviços. Para que se chegue a esse ideal, uma certa dose de proteção contra a competição selvagem por parcelas do mercado acaba resguardando os seres humanos de se tornarem meras estatísticas, perfis de consumo sem personalidade.

Portanto, propõe o atual trabalho que os mecanismos de proteção dos dados pessoais, como a indisponibilidade dos dados sensíveis, o direito de acesso e a obrigatoriedade da

---

<sup>366</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50-55.

aceitação expressa dos consumidores deveria ser acrescido de mecanismos próprios da esfera da propriedade intelectual. Tanto a tecnologia quanto a tendência mercadológica de encarar os dados pessoais como um *commodity* intangível dificilmente serão paradas. Logo, cabe ao ordenamento preparar suas instituições para proteger os consumidores da melhor maneira possível, visando sempre a tutela da dignidade humana.

Enxergar os dados pessoais como uma propriedade intangível, dotada de um conjunto de direitos, alguns alienáveis e outros não, poderá resolver problemas como a circulação e utilização não consciente dos dados pessoais, além de corrigir falhas que ocorrem no mercado informacional e nos dispositivos legais que tentam regulá-los atualmente.

## BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro. Lumen Júris; 2003.

BECKER, Maxilian. *Direitos sobre Dados Industriais e a Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*. Revista da ABPI, 145<sup>a</sup> edição. 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.

DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Escola Nacional de Defesa do Consumidor; elaboração Danilo Doneda. – Brasília: SDE/DPDC, 2010.

\_\_\_\_\_. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHWARTZ, Paul M. *Property, Privacy, and Personal Data*. 117 Harvard Law Review 2055 (2004), disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2150>>.

Serra, J. Paulo. *Manual de Teoria da Comunicação*. Covilhã: Livros Labcom, 2007.

SHRIVASTAVA; SOMASUNDARAM. [Armazenamento e Gerenciamento de Informações: Como armazenar, gerenciar e proteger informações digitais](#). São Paulo: Bookman, 2009

## **EDUCAÇÃO INCLUSIVA E DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E TEÓRICA DA ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO NA PROMOÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.**

Iara Duque Soares<sup>367</sup>

Samanta Francine Pinto Alvarenga<sup>368</sup>

Victor Hugo Pacheco Lemos<sup>369</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. O direito ao consumo de serviços educacionais inclusivos; 1.1. O direito fundamental à educação e a pessoa com deficiência; 1.2. A inclusão em instituições privadas de ensino e o direito do consumidor; 2. A promoção do direito à educação às pessoas com deficiência na jurisprudência brasileira; 2.1. A livre iniciativa das instituições de ensino privadas vs. O direito à educação das pessoas com deficiência; 2.2. A ADI nº 5357 e o reforço da proteção à pessoa com deficiência; Conclusão.

**Resumo:** O presente artigo pretende analisar, teórica e jurisprudencialmente, a efetivação do direito à educação das pessoas com deficiência sob a ótica do direito do consumidor.

**Palavras-chave:** pessoa com deficiência; acesso à educação; ensino privado; consumo; dignidade da pessoa humana.

**Abstract:** This article aims to analyze, theoretically and jurisprudentially, the realization of the right to education of persons with disabilities from the point of view of consumer law.

**Keywords:** persons with disabilities; access to education; private education; consumption; dignity of the human person.

### **INTRODUÇÃO**

A educação, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal de 1988, é um dever de todos, garantida, ainda, conforme inciso I do artigo 206, sob igualdade de condições, tanto no que se refere ao seu acesso como permanência. É nesse sentido que no presente trabalho a questão fulcral concerne especificamente ao acesso à educação, em igualdade de condições, da pessoa com deficiência, cujo tema justifica-se não apenas pela significativa parcela da população diretamente relacionada<sup>370</sup>, mas, também, pela atualidade e importância deste debate para a construção de uma sociedade verdadeiramente plural e solidária.

---

<sup>367</sup> Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

<sup>368</sup> Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal Fluminense.

<sup>369</sup> Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal Fluminense.

<sup>370</sup> O censo demográfico de 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em atenção à abordagem conceitual e metodológica da ICF (*International Classification of Functioning, Disability and Health*), constatou que 45.606.048 de brasileiros, correspondente à 23,9% da população total, possui algum tipo de deficiência.

Tendo em vista a enorme dificuldade para a efetivação de uma educação inclusiva (e receptiva à deficiência), especialmente no que se refere às escolas privadas de ensino básico no Brasil – que comumente recusam a matrícula de crianças com deficiência, sob o argumento da (absolutamente) livre iniciativa ou da (injustificada) falta de estrutura habilitada à diversidade – o recorte aqui realizado se dá sobre o acesso do referido grupo às instituições de ensino privadas, enquanto fornecedoras de um serviço público essencial, sob autorização e controle estatal.

À referida atuação incide, além dos ditames constitucionais e infraconstitucionais específicos, todos os ditames do Código de Defesa do Consumidor, que protege o consumidor, constitucionalmente vulnerável, de qualquer forma de abuso e discriminação, vedando qualquer negativa de atendimento a suas demandas, quando o serviço está disponível no mercado. A partir da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York, internalizada pelo ordenamento pátrio em 2009, sob forma de emenda constitucional, e da edição, seis anos depois, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o tema ganhou, ainda, maior força legal, principalmente no que diz respeito à referência expressa da obrigação de proporcionar o acesso e a inclusão da pessoa com deficiência no sistema educacional, mesmo privado, com as melhores práticas e recursos expressos no artigo 28, parágrafo 1º do referido Estatuto, e corroborando, dessa forma, o direito e garantia das pessoas com deficiência ao acesso à educação nessas instituições.

É nesse contexto que se questiona se todo arcabouço constitucional e legislativo a promover e proteger o acesso das pessoas com deficiência ao ensino regular em condições de igualdade, sobretudo no caso das instituições de ensino privadas, coaduna-se às práticas mercadológicas exercidas por essas instituições, no que se refere à realização do direito fundamental ao acesso educacional e à valorização da diversidade proposta pela Convenção Internacional.

Destarte, longe de aqui pretender-se um esgotamento do tema, suscita-se, a partir de revisão bibliográfica e jurisprudencial no âmbito nacional, que não obstante todo aparato normativo, as pessoas com deficiência ainda encontram resistência ao seu acesso às instituições privadas de ensino.

Assim, a fim de desenvolver o que aqui se propõe, o presente trabalho se divide em dois momentos. O primeiro reveste-se de cunho teórico, no qual o que se pretende é inserir o tema do direito fundamental à educação, especificamente das pessoas com deficiência, delineando seus aspectos constitucionais e infraconstitucionais, para em seguida adentrar-se ao tema do ensino inclusivo à luz do direito do consumidor. No segundo momento, em um desenvolvimento mais prático, a fim de ilustrar a eventual resistência das instituições de ensino na promoção e proteção do direito fundamental ao acesso à educação inclusiva, adentra-se ao campo da jurisprudência brasileira, para a partir do método da análise do discurso, compreender o conteúdo e a fundamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357.

## **1. O DIREITO AO CONSUMO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS INCLUSIVOS**

### **1.1 O direito fundamental à educação e a pessoa com deficiência**

A educação é compreendida como um direito de natureza fundamental ao desenvolvimento humano social, tanto no âmbito nacional quanto internacional. Não por outro motivo, teve sua universalização positivamente “garantida” desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no séc. XVIII, quando se apresentou ainda sob a denominação de “instrução”, fruto do contexto da Revolução Francesa, como uma “necessidade de todos” e um dever da sociedade em geral<sup>371</sup>. A partir do séc. XX (e da Declaração Universal dos Direitos do Homem) o conceito se expande e a educação passa, então, a ser considerada o componente fundamental dos direitos humanos, na forma universal e gratuita.

No âmbito interno, além de incorporar diversos tratados e documentos internacionais sobre a matéria, o Brasil inseriu o direito à educação em diversas passagens do texto constitucional, constituindo-se como um direito social expresso no Capítulo 2 do Título II da Constituição – ou seja, um “direito e garantia fundamental” – e, ainda, uma das preocupações constitucionais a serem levadas em consideração para fixação do salário mínimo, no art. 7º, IV. Ademais, em seção específica sobre o tema, a qual pertencem os arts. 205 a 214 da Carta Constitucional, a educação é tratada como um “direito de todos e dever do Estado e da família”, devendo ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade” sempre com o objetivo de proporcionar “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.<sup>372</sup>

Essa concepção insere-se especialmente no contexto de adoção, pela Constituição Federal de 1988, da dignidade humana como valor fundamental e princípio com força normativa a orientar a aplicação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, exigindo, nesse aspecto, mais que uma postura negativa do Estado em relação às condições existenciais do indivíduo, mas, ainda, uma postura positiva, que seja capaz de promover as condições mínimas a assegurar a dignidade de existência e subsistência das pessoas, bem como a sua participação mais ativa na sociedade – através do exercício da cidadania e do desenvolvimento dos indivíduos.

Com relação à educação da pessoa com deficiência, a Carta pretendeu-lhe conferir a proteção e integração prevista no art. 24, XIV, através de atendimento educacional “especializado”, “preferencialmente” na rede regular de ensino (conforme disciplina especificamente o art. 208, III). Tendo em vista a generalidade dos referidos dispositivos, a regulamentação da matéria, desde então, ficou à cargo de leis especiais, das quais se destaca a atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), que, de maneira até então inédita, conferiu um capítulo específico para o tratamento da “Educação Especial” no Brasil, assegurando a educação das pessoas com deficiência mediante serviços especializados “sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a integração nas classes comuns de ensino regular”<sup>373</sup>, o que foi preponderantemente mantido pelos outros instrumentos e resoluções que se seguiram dentro dessa temática.

Disto se denotava uma interpretação do direito à educação da pessoa com deficiência ainda atrelada ao chamado modelo médico de concepção da deficiência, emergido após a Primeira Guerra Mundial, pelo qual a deficiência é entendida como um problema individual da pessoa,

---

<sup>371</sup> Artigo XXII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

<sup>372</sup> TASSIGNY, Mônica Mota; MAIA, Maurilio Casas; SILVIO, Solange Almeida Holanda. *O direito à educação e a defensoria pública: legitimidade coletiva, educação em direitos e educação jurídica*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 106, n. 984, p. 319-342, out. 2017.

<sup>373</sup> Art. 58 da Lei nº 9.394/1996

passível de reabilitação pelo Estado através da assistência social institucionalizada, destacando-se, aqui, a educação especial e as cotas laborais para pessoas com deficiência<sup>374</sup>, sem que se considerasse, entretanto, as barreiras sociais à efetivação dos direitos fundamentais dessas pessoas e a inclusão propriamente dita.

A partir da assinatura da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (em 2007, em Nova York), ganha repercussão no âmbito internacional e, conseqüentemente, interno, novas concepções da deficiência, conhecidas como o modelo social e o modelo da diversidade. Baseado nos postulados do Movimento de Vida Independente<sup>375</sup>, na valorização e no reconhecimento da pessoa com deficiência sob o enfoque da diversidade, pretende desvincular por completo a concepção de deficiência à enfermidade, através da construção de uma sociedade que contemple as necessidades e as diferenças de todos os indivíduos, eliminando as barreiras que impedem, na prática, a inclusão social desse grupo.<sup>376</sup> Por isso, reforça a necessidade de se implementar um sistema educacional inclusivo – não mais “especial” – para a pessoa com deficiência, com o objetivo expresso de promover o “pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e autoestima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana” e “o máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais”, eliminando-se a discriminação por motivo de deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada, conforme preceitua os arts. 4º e 24 da Convenção.

Essa concepção ganha destaque e relevância no ordenamento jurídico nacional, principalmente, através da incorporação da referida Convenção, enquanto tratado internacional de direitos humanos, com natureza de norma constitucional, a partir da aprovação segundo o quórum especial previsto no parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, e pode ser considerada a grande influência normativa e axiológica da edição, seis anos depois, da Lei nº 13.146/15, o Estatuto da Pessoa com Deficiência; a permitir a estruturação de verdadeira política pública de inclusão das pessoas com deficiência a partir da relativização e melhor compreensão do instituto da capacidade, possibilitando o exercício da liberdade das pessoas com deficiência e, conseqüentemente, a ressignificação do direito à educação deste grupo.

O Estatuto trata da matéria em um capítulo exclusivo – o Capítulo IV, no qual se inserem os arts. 27 a 30 –, atribuindo uma responsabilidade solidária – entre Estado, sociedade e família – à realização do direito à educação inclusiva à pessoa com deficiência, “em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas

<sup>374</sup> PALACIOS, Agustina. BARRIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Telefónica y CERMI. Madrid: Cinca, 2007, p. 15-18.

<sup>375</sup> O Movimento de Vida Independente iniciou-se nos EUA, em 1972, e se espalhou por todo o mundo, associada, principalmente à defesa da autonomia da pessoa com deficiência. A independência por eles pleiteada não se traduz em autonomia absoluta, mas em autonomia moral para exigir as mesmas opções e o mesmo controle da própria vida que os demais membros da sociedade. Mais informações sobre o movimento podem ser obtidas no website na Universidade de Berkeley, pioneira nos EUA e no mundo. In: University of California Berkeley. The Disability Rights and Independent Living Movement. Disponível em <<http://bancroft.berkeley.edu/collections/drilm/>>. Acessado em 03/12/2017.

<sup>376</sup> Palacios, Agustina; ROMANACH, Javier. *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidade en la diversidad funcional*. España: Ediciones Diversitas, 2006.



características, interesses e necessidades de aprendizagem”, conforme o art. 27 do referido instrumento legislativo. Impõe, ainda, no art. 28<sup>377</sup>, políticas e práticas voltadas especialmente a garantir o acesso à educação da pessoa com deficiência e a concretização da inclusão na escola,

---

<sup>377</sup> Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;

X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XIV - inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;

XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;

XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;

XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;

XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

§ 2º Na disponibilização de tradutores e intérpretes da Libras a que se refere o inciso XI do caput deste artigo, deve-se observar o seguinte:

I - os tradutores e intérpretes da Libras atuantes na educação básica devem, no mínimo, possuir ensino médio completo e certificado de proficiência na Libras;

II - os tradutores e intérpretes da Libras, quando direcionados à tarefa de interpretar nas salas de aula dos cursos de graduação e pós-graduação, devem possuir nível superior, com habilitação, prioritariamente, em Tradução e Interpretação em Libras.

que, de forma expressa e inequívoca, devem ser aplicadas tanto pelo Poder Público quanto pelas instituições privadas.<sup>378</sup>

## 1.2 Educação Inclusiva e Direito do Consumidor

Merece destaque, no âmbito da concretização do direito à educação da pessoa com deficiência proposta pelo já mencionada legislação infraconstitucional, a positivação expressa no parágrafo 1º do art. 28 da vedação à cobrança, por parte das instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas, para cumprimento das determinações impostas pelo sistema de educação inclusiva – como, por exemplo, a garantia de acessibilidade arquitetônica, o fornecimento de profissionais de apoio, a elaboração de projetos pedagógicos diferenciados, materiais didáticos, equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva.

Esse dispositivo corrobora para a amplitude da natureza do Estatuto, que, mais do que alterar o Código Civil vigente, reflete também em vários outros diplomas infraconstitucionais, como vem a ser, no que se refere ao objeto da presente pesquisa, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.213/1991), entre outros. Até mesmo porque, em um cenário de harmonia com uma ordem jurídica constitucionalizada, que acolheu a denominada cláusula geral de promoção e tutela da pessoa humana, bem como o princípio da solidariedade, entre outros princípios da mais alta importância para a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, o Estatuto só reafirma que a prestação de serviços, seja ela pública ou privada, não pode estar dissociada de sua função social e da realização dos direitos fundamentais humanos.

De qualquer forma, importante destacar que o arcabouço legislativo e constitucional em vigor (antes da vigência do Estatuto) já vedava, implícita e principiológicamente, a imposição das referidas cobranças ou de qualquer forma de obstacularizar o acesso à educação por parte de crianças com deficiência no ensino regular, especialmente no que diz respeito às escolas privadas. Tal conclusão é obtida em inúmeros dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que, inclusive, já proibia, em seu art. 39, inciso II, a negativa de atendimento a demandas do consumidor, quando disponível no mercado e, no inciso V, a exigência de vantagem manifestamente excessiva pelos fornecedores de serviços em detrimento dos consumidores. Em seu art. 51, incisos IV e X, dispõe, ainda, serem nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” ou que “permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral”.

A proteção do consumidor “é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*), é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal (art. 170, V), princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis”<sup>379</sup>. Justamente pelo importante papel de desenvolver um direito privado solidário e mais próximo de sua função social, o Código de Defesa do Consumidor, diploma de “ordem pública e

<sup>378</sup> ROCHA, Marcelo Hugo da. *Do direito fundamental à educação inclusiva e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Revista dos Tribunais. v. 105, n. 963, p. 130-151, jan., 2016.

<sup>379</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5 ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 37-38

interesse social”, segundo o art. 1.º do próprio instrumento, não desconsidera os diferentes graus de vulnerabilidade que podem afetar os indivíduos em suas relações com fornecedores e prestadores de serviços. Ao revés, preocupa-se, para além da liberdade, com a igualdade material dos envolvidos na relação, assegurando direitos imperativos aos indivíduos que se encontrassem em uma posição de maior desvantagem em relação aos demais – como vem a ser, muitas vezes, a pessoa com deficiência -, mesmo que isso signifique a restrição da liberdade de outros – as instituições privadas de ensino, no caso do presente recorte.

Embora o Código de Defesa do Consumidor tenha sido elaborado em um outro contexto, no qual não se privilegiou, de forma expressa, esse importante desafio de implementar a solidariedade no mercado, através da proteção mais ativa dos vulneráveis em relação aos abusos praticados pelos fornecedores de serviços, percebe-se que esta é uma preocupação constante e atual, por parte da doutrina e da jurisprudência que norteia a matéria. Justamente por isso, é uma marca registrada no processo de atualização do referido Código, proposto pela Comissão de Juristas do Senado Federal em março de 2012.

Dois avanços quanto à noção de consumidor já se encontram nos projetos de atualização. O primeiro é o aprofundamento da noção de consumidor [mais] 'vulnerável' (*vulnerable consumer or disadvantaged consumer*) ou com vulnerabilidade agravada, o hipervulnerável. A Diretriz da ONU em sua revisão de 2015 frisa bem a importância dos Estados reconhecerem que existem consumidores que são mais vulneráveis, o analfabeto, por exemplo, não tem como ler uma informação, o surdo-mudo, que não pode telefonar para reclamar, o doente que não pode se locomover de casa, o cego que não consegue 'ler' um contrato que não seja em Braile e prepara suas normas (e jurisprudência) para este grupo.<sup>380</sup>

No caso do direito à educação e da prestação de serviços educacionais, esse reconhecimento torna-se ainda mais importante. As instituições privadas de ensino oferecem, em verdade, um serviço público, mediante autorização do Estado. Não há como crer, portanto, que possam, em qualquer hipótese, exercer de forma absolutamente autônoma a sua iniciativa privada, sem qualquer ingerência ou prevalência dos postulados públicos.

No contexto da educação inclusiva, “não é o aluno quem precisa se adaptar à escola. Ao contrário, é a escola que precisa incluir, fornecer acessibilidade, eliminar todo o tipo de barreira e obstáculo para bem acolher todos os alunos em igualdade de condições”<sup>381</sup>, buscando, a partir de então, não apenas diminuir os efeitos da disfuncionalidade resultante de cada deficiência, mas qualificar e capacitar a pessoa com deficiência para a sua autorrealização.

<sup>380</sup> MARQUES, Cláudia Lima. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. (Org.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v., p. 402.

<sup>381</sup> MESSIAS PEIXINHO, Manoel; FILOMENA WAGNER KIEFER, Sandra. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INCLUSIVA NAS ESCOLAS REGULARES PRIVADAS E A LBI. *Direito e Desenvolvimento*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 79 - 98, jun. 2017. ISSN 2236-0859. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/302>>. Acesso em: 11/12/2017.

Não obstante, a realidade fática em muito destoa dos preceitos insculpidos nas normas jurídicas, sendo indubitável a dificuldade de acesso à educação nos termos em que as normas definem, principalmente pelos entraves criados pelas instituições privadas de ensino para a efetivação da matrícula escolar de pessoas com deficiência. Na prática, é comum que escolas particulares simplesmente neguem matrícula de crianças com deficiência – mesmo diante da informação de existência de vaga – sob a alegação de indisponibilidade de recursos e de estrutura para proporcionar a educação inclusiva. Fora os casos nos quais, para a preservação da intimidade da criança, os familiares – constrangidos, na maioria das vezes – optam por silenciar a recusa, não faltam casos públicos de rejeição de crianças com deficiência em instituições privadas de ensino<sup>382</sup>.

A falta de especialização profissional, de estrutura arquitetônica acessível, de materiais ou práticas pedagógicas voltadas à inclusão não podem, pois, afigurar empecilhos ao acesso e à manutenção da pessoa com deficiência em escola regular, por se constituírem, sim, como verdadeiras obrigações das instituições – sejam elas públicas ou privadas – para com a efetivação desse direito fundamental. Tal prática constitui grave violação ao direito à educação inclusiva – que, nesse ponto, deve-se destacar, favorece o desenvolvimento não apenas de crianças com deficiência, mas de todos os demais alunos, professores e profissionais envolvidos, valorizando-se a diversidade e a solidariedade – e jamais pode ser fundamentada sob o argumento de uma livre iniciativa (privada) dissociada de valores comuns do Estado Democrático.

## **2. A PROMOÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

### **2.1. A livre iniciativa das instituições de ensino privadas vs. O direito à educação das pessoas com deficiência**

A despeito do avanço proposto pela legislação supramencionada acerca da promoção do direito à educação às pessoas com deficiência, é notória a dificuldade de acesso à educação desse grupo, principalmente pelos entraves criados pelas instituições privadas de ensino para a efetivação da matrícula escolar de pessoas com deficiência.

Conforme já destacado na introdução do presente trabalho, este não se propõe a discutir as questões atinentes às necessidades de adaptação impostas às instituições de ensino pela legislação, tampouco avançar no debate acerca do modelo curricular educacional que é oferecido às pessoas com deficiência. O ponto nodal da pesquisa toca exclusivamente no mais básico direito à educação das pessoas com deficiência, qual seja, o seu acesso aos ambientes educacionais. O que se pretende abordar aqui são as restrições impostas pelas instituições de ensino privadas na aceitação (matrícula) e na permanência das pessoas com deficiência em seu corpo discente.

Desde a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, inúmeras têm sido as manifestações das instituições de ensino privadas contrárias à obrigação de inclusão e à vedação

---

<sup>382</sup> Nesse sentido, vejam-se as reclamações e reportagens disponíveis em: [https://www.reclameaqui.com.br/colégio-paralelo/recusa-de-matricula-para-crianca-com-deficiencia\\_9774721/](https://www.reclameaqui.com.br/colégio-paralelo/recusa-de-matricula-para-crianca-com-deficiencia_9774721/); <http://www.redetiradentes.com.br/diariodeumautista/?p=3796>; <https://www.mpma.mp.br/index.php/lista-de-noticias-gerais/11/13382>. Acessado em 11/12/2017.

de imposição de custos extras às famílias dos alunos com deficiência, as quais encontram-se dispostas nos artigos 28, § 1º<sup>383</sup>, e 30<sup>384</sup>, ambos da Lei nº 13.146/2015.

Os fortes obstáculos à concretização desse direito acabam por deslocar a resolução da controvérsia para o Poder Judiciário. Em julgamento paradigmático acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357/DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), decidiu de maneira contrária aos interesses das instituições privadas, conforme será posteriormente abordado.

O cerne da mencionada resistência imposta pelas instituições de ensino privadas, objetos do presente estudo, concentra-se em argumentos exclusivamente mercadológicos, os quais refletem uma cultura marcadamente patrimonialista. Dentre os argumentos apresentados, as instituições privadas sustentam que os dispositivos citados do Estatuto da Pessoa com Deficiência violariam as seguintes normas constitucionais: art. 5º, *caput*, XXII e XXIII (direito de propriedade e sua função social); art. 170, II e III (propriedade privada e sua função social); art. 205 (educação como dever do Estado e da família); art. 206, *caput*, II e III (liberdade de aprender e de ensinar, pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas); art. 208, *caput* e III (dever do Estado o atendimento ao portador de necessidade especial); art. 209 (liberdade de ensino à livre iniciativa); art. 227, *caput*, e § 1º, II (dever do Estado, da sociedade e da família de promover o atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência).

Ademais, sustentam que: (i) as instituições de ensino privadas não estariam preparadas para receber todo e qualquer pessoa com deficiência, de qualquer natureza, grau ou profundidade, o que faria com que a elevação das mensalidades fosse percebida por todos os demais alunos da instituição, (ii) haveria a frustração e o desequilíbrio emocional dos professores e pessoal da instituição, por não possuírem a capacitação e especialização para lidar com todo e qualquer pessoa com deficiência; e que (iii) a obrigação imposta pelo EPD provocaria, ao final, o

<sup>383</sup> “Art. 28. (...) § 1º: Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do *caput* deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.”

<sup>384</sup> “Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

I - atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;

II - disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva necessários para sua participação;

III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;

IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;

V - dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;

VI - adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;

VII - tradução completa do edital e de suas retificações em Libras.”

desemprego e o fechamento de escolas particulares, haja vista que se estaria lançando sobre a iniciativa privada os encargos e custos de uma responsabilidade que seria exclusiva dos entes estatais.

Conforme se verifica dos argumentos acima aduzidos, todos eles constantes da peça vestibular apresentada na ADI nº 5.357, o que a iniciativa privada pretende é fazer com que seus interesses exclusivamente econômicos prevaleçam sobre o direito à educação das pessoas com deficiência.

Não se pretende questionar a busca pelo lucro que orienta a própria existência das instituições de ensino privadas, tampouco a absoluta relevância do princípio da livre iniciativa, o qual é consagrado na Carta Magna e é um vetor a guiar a ordem econômica no Estado brasileiro. Contudo, o referido princípio não deve se sobrepor ao respeito à dignidade da pessoa humana, o qual é consagrado, neste caso, pela efetiva inclusão das pessoas com deficiência no ambiente educacional. Isto é, a carga axiológica dos direitos fundamentais da pessoa humana deve ser tomada como superior quando em conflito com os direitos patrimoniais disponíveis, o que, por sua vez, não afasta a possibilidade de que ambos caminhem conjuntamente.

A visão patrimonialista ora aventada parte de uma premissa de que o processo educacional teria por como objetivo primordial a qualificação do educando para o trabalho, isto é, ao atendimento de interesses práticos e comerciais do mercado, modelo dentro do qual as instituições de ensino privadas se encontram formatadas. Contudo, a partir do momento que o Estatuto da Pessoa com Deficiência traz a noção de que a educação deve buscar proporcionar o pleno desenvolvimento do potencial, da personalidade, do talento e da criatividade da pessoa com deficiência, o que, inevitavelmente, provoca a ampliação dos custos e a necessidade de uma reformulação no seio do ambiente escolar, estas instituições, dentro de uma perspectiva exclusivamente econômica, buscam rechaçar a sua obrigatoriedade de participar deste processo.

A tese sustentada pelas instituições privadas baseia-se, ainda, no argumento de que a Lei nº 9.394/1996 não obrigaria toda a rede particular de ensino ao atendimento à educação especial, mas tão somente àquelas que optaram por tal prestação de serviço, consoante dispõe o art. 60, *caput* e parágrafo único<sup>385</sup>, da mencionada Lei.

Conforme já explicitado neste trabalho, a Lei nº 9.394/1996 foi editada sob uma perspectiva ainda atrelada ao chamado modelo médico de concepção da deficiência, sendo esta entendida como um problema individual da pessoa, passível de reabilitação pelo Estado através da assistência social institucionalizada. Entretanto, referida perspectiva não mais se justifica diante do modelo social de concepção da deficiência hoje aplicado, o qual busca afirmar a incompatibilidade do modelo utilitarista praticado pelas regras tradicionais de educação, com o apoio da própria Lei nº 9.394/1996 e demais dispositivos infraconstitucionais que regulam de forma específica a matéria, em relação ao desenvolvimento humanístico das aptidões

---

<sup>385</sup> “Art. 60. Os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público.

Parágrafo único. O poder público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na própria rede pública regular de ensino, independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo.”

individuais da pessoa com deficiência proposto pelos novos diplomas, tanto na perspectiva constitucional como infraconstitucional. Logo, esta argumentação também não se sustenta.

E, ainda que a mencionada legislação ainda esteja em vigor e seja plenamente aplicável, é extremamente frágil o argumento de que o Estatuto da Pessoa com Deficiência teria sido editado para regular a educação a ser proporcionada pela rede pública de ensino, não constituindo norma geral da educação nacional, de modo que a rede particular estaria regulada somente pelas Leis nº 9.394/1996 e nº 9.870/1999. A atuação das instituições privadas, na realidade, deve prestar obediência a todo o ordenamento jurídico e, sobretudo, à Constituição Federal, a qual, indubitavelmente, abriga os dispositivos infraconstitucionais que determinam que as instituições privadas procedam à educação inclusiva de pessoas com deficiência.

O dilema aqui exposto expõe um elevado grau de incompatibilidade entre o modelo mercadológico de serviço educacional prestado pelas instituições de ensino privadas com o modelo social de consumo e de desenvolvimento da dignidade da pessoa com deficiência, o qual busca garantir a plena efetivação do direito à educação e dos demais objetivos do Estatuto e da Convenção.

O mencionado conflito foi posto à prova quando do julgamento da ADI nº 5.357 pelo Supremo Tribunal Federal, o qual aplicando a Constituição, afastou os interesses puramente econômicos dos empresários da educação, e reafirmou a superioridade axiológica dos direitos fundamentais da pessoa humana em relação a outros direitos patrimoniais disponíveis, conforme será agora explorado.

## **2.2. A ADI nº 5357 e o reforço da proteção à pessoa com deficiência**

Nesse momento, a partir da adoção da metodologia da análise de discursos, será realizado um estudo aprofundado da decisão proferida na ADI nº 5.357, a partir da qual se pretenderá observar como se comportou o Supremo Tribunal Federal diante do conflito entre a livre iniciativa das instituições privadas de ensino e o direito à educação inclusiva garantido às pessoas com deficiência.

Por meio da ADI nº 5.357, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) pretendeu a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 28, e do artigo 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015, especialmente no tocante ao adjetivo “privadas”. De acordo com os argumentos trazidos pelas instituições privadas de ensino, já acima elencados, a CONFENEN afirmava que a Lei nº 13.146/2015 teria estabelecido medidas de alto custo para as instituições privadas, violando diversos dispositivos constitucionais, o que poderia provocar o encerramento das atividades de muitas delas. A requerente destacou, ainda, que não seria razoável obrigar a iniciativa privada a acolher as pessoas com deficiência, posto que estas não estariam preparadas para tanto. Ou seja, sua argumentação foi unicamente pautada pelos interesses econômicos das instituições privadas.

Antes de se passar à análise dos discursos empregados pelos Ministros, há que se destacar que a ADI foi julgada improcedente por ampla maioria de votos, tendo sido proferidos 9 (nove) votos pela improcedência da ação e apenas 1 (um) voto pela procedência parcial, de autoria do Ministro Marco Aurélio. A larga vantagem de votos já é capaz de sinalizar a unidade da Corte Suprema na formação de uma opinião acerca do tema.

Para além dos argumentos dos Ministros acerca da plena aplicabilidade e da compatibilidade dos dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Convenção Internacional sobre Direitos de Pessoas com Deficiência com a Constituição Federal de 1988, os Ministros abordaram expressamente a colisão percebida entre a livre iniciativa e o direito à educação inclusiva. Esse aparente conflito entre direitos fundamentais é claramente pontuado pela Ministra Cármen Lúcia, que afirmou:

O que se põe em foco na presente ação direta de inconstitucionalidade é o aparente conflito entre direitos das pessoas portadoras de deficiência e os direitos assentados nos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa titularizados por particulares que desempenham serviços públicos. (p. 68)

Ao proferir seu voto, o Ministro Luiz Edson Fachin, relator da ação, destacou que, embora não se questione a livre iniciativa das instituições privadas, essa garantia não deve ser usufruída sem qualquer espécie de restrição, estando as instituições privadas sujeitas às normas jurídicas que disciplinam a educação como um todo, sobretudo, as que se encontram presentes na Constituição Federal.

Ressalte-se que, não obstante o serviço público de educação ser livre à iniciativa privada, ou seja, independentemente de concessão ou permissão, isso não significa que os agentes econômicos que o prestam o possam fazê-lo ilimitadamente ou sem responsabilidade. É necessária, a um só tempo, a sua autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, bem como o cumprimento das normas gerais de educação nacional - as que se incluem não somente na Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB), como pretende a Requerente, mas também aquelas previstas pela própria Constituição em sua inteireza e aquelas previstas pela lei impugnada em seu Capítulo IV -, ambas condicionantes previstas no art. 209 da Constituição. (p. 17-18)

No mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia argumentou que:

A promoção do bem-estar e o atendimento ao princípio da solidariedade são os contrapontos à aplicação irrestrita dos princípios da livre iniciativa, da propriedade e da livre concorrência. A medida da intervenção do Estado na economia, rechaçada pela Autora, tem respaldo na própria Constituição da República que permite a atuação de particulares na área da educação condicionando o desenvolvimento dessa atividade ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e da sua função social. (p. 91)

Ou seja, não se nega nem se pretende impedir que os interesses econômicos da iniciativa privada sejam perseguidos. Contudo, não se pode perder de vista o objetivo primordial das instituições de ensino. Assim, o Min. Luiz Edson Fachin arremata:

Em suma: à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver. (p. 18)



Nesse ponto, propõe-se uma reflexão acerca do cenário inverso. Caso fosse conferido às instituições privadas de ensino o privilégio de não cumprir as normas que promovem a inclusão das pessoas com deficiência, se estaria diante da oficialização da discriminação e da ampliação da condição de vulnerabilidade pela qual estas pessoas já passam. Se esta fosse a decisão tomada pela Corte Suprema, as instituições privadas teriam a mera faculdade de acolher as pessoas com deficiência ao seu bel-prazer, o que, indubitavelmente, seria feito apenas caso essa recepção fosse financeiramente interessante àquelas, desrespeitando-se o direito à educação inclusiva.

O argumento que tange à elevação dos custos a serem percebidos pelas instituições privadas, sustentado pela CONFENEN, também foi expressamente afastado pelos Ministros quando do julgamento da ADI. É o que se verifica, por exemplo, do voto da Ministra Rosa Weber:

Sobre a magnitude dos custos, alardeada pela Autora, vale dizer que a vida em coletividade pressupõe a diluição dos gastos necessários à concretização do bem comum, notadamente em se tratando de despesas imprescindíveis à realização de um direito fundamental como é o direito à educação. Assim, os custos efetuados com bens e serviços necessários à implementação de ambiente acessível e de qualidade para todas as pessoas devem ser incorporados aos custos totais das escolas, independentemente da fruição, de tais bens e serviços, por todos os alunos. (p. 33-34)

Por fim, em voto divergente em relação aos demais, o Ministro Marco Aurélio pautou-se pelo argumento de que a educação seria dever precípua do Estado, não se podendo impingir a iniciativa privada o ônus de arcar com uma obrigação que seria estatal.

Não se faz milagre no campo econômico-financeiro, e não pode o Estado cumprimentar com o chapéu alheio; não pode o Estado, se é que vivemos sob a proteção de uma Constituição democrática, compelir a iniciativa privada a fazer o que ele não faz, porque, quanto à educação, a obrigação principal é dele. Em se tratando de mercado, Presidente, a intervenção estatal há de ser minimalista. A educação é dever de todos, mas é dever precípua do Estado. Existe a abertura, no artigo 209 da Constituição Federal, à iniciativa privada, que deve ser subsidiária. (p. 97)

Embora não se discorde do argumento de que a obrigação principal de promover a educação é de responsabilidade do ente estatal, haja vista o disposto no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, há que se atentar para o fato de que às instituições privadas de ensino não pode ser conferida a mera faculdade de acolherem em seu corpo docente as pessoas com deficiência, sob pena de se agravar ainda mais a condição de vulnerabilidade à qual estas já se encontram naturalmente expostas.

## CONCLUSÃO

O que aqui não se questiona, mas por diversas vezes ratifica-se, é o axiomático e vasto corpo normativo a fundamentar, proteger, garantir e promover o acesso das pessoas com deficiência à educação, não apenas nas instituições de ensino públicas, mas, inclusive, nas instituições de

ensino privadas, sem cobrança de quaisquer custos adicionais, registrada de forma expressa no parágrafo primeiro do artigo 28 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Contudo, em que pese a pretendida promoção da educação inclusiva e sem custos adicionais, tanto constitucionalmente quanto infraconstitucionalmente, bem como o significativo avanço instrumentalizado pelo EPD, a mesma ainda encontra resistência por parte das instituições de ensino privadas, o que se denota perfeitamente da ADI nº 5357, na qual referidas instituições pretenderam subjugar mencionado direito a interesses de cunho estritamente econômicos.

As instituições privadas de ensino fornecem serviço público e além de submeterem-se à Constituição e ao cumprimento das normas gerais de educação, regem-se e obtemperam-se pelo Código de Defesa do Consumidor, que veda qualquer negativa de demanda dos consumidores quando a mesma estiver disponível, bem como a exigência de qualquer vantagem manifestamente excessiva em detrimento dos consumidores e, ainda, qualquer obrigação abusiva ou variação de preço de modo unilateral. Vedações que apenas consubstanciam o direito das pessoas com deficiência ao acesso à educação nas instituições de ensino privadas em condições de igualdade e, portanto, sem qualquer custo.

Ocorre que, o que nos parece que não vem sendo entendido por essas instituições privadas é que antes de ser consumidora a pessoa com deficiência é pessoa, e como tal não pode ser privada de seus direitos. E assim sendo, não há que se falar em negativa de matrícula à pessoa com deficiência quando da existência de vaga, sob qualquer alegação de cunho econômico, seja por indisponibilidade de recursos ou de estrutura, devendo ser-lhe garantido o pleno acesso à educação.

O direito à educação é direito fundamental de todos e é um dos elementos de realização da própria dignidade da pessoa humana, que permeia a ordem jurídica e social. Negar o acesso à educação às pessoas com deficiência é o mesmo que negar-lhes a própria dignidade, sobre a qual a livre iniciativa das instituições privadas não possui qualquer força para acometer.

A propositura da ADI nº 5357 só espelha de modo paradigmático o perfil excludente e exacerbadamente patrimonialista adotado pelas instituições de ensino privadas frente à garantia do acesso à educação às pessoas com deficiência, sem quaisquer custos adicionais, ratificada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Embora o STF tenha decidido (de forma acertada) de forma contrária às instituições de ensino privadas e à favor do acesso à educação inclusiva, da propositura da mencionada ação só nos resta patente a incompatibilidade entre o modelo mercadológico de serviço educacional prestado pelas instituições de ensino privada em face do modelo social de consumo e de desenvolvimento da dignidade da pessoa com deficiência. E, portanto, a premissa de desarmonia entre norma e realidade é verídica e nos aponta a clara afronta à dignidade da pessoa humana e ao direito do consumidor, no que concerne ao tema do acesso à educação inclusiva perante as instituições de ensino privadas, o que deve ser veemente rechaçado.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN)). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 14 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm)>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)*. ADI nº 5.357/DF. Rel.: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4818214>>. Acesso em: 15 de novembro de 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. (Org.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. , p. 395-438.

PEIXINHO, Manoel Messias; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. O direito fundamental à educação inclusiva nas escolas regulares privadas e a LBI. *Direito e Desenvolvimento*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 79 - 98, jun. 2017. ISSN 2236-0859. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/302>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2017.

PALACIOS, Agustina. BARIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Telefónica y CERMI. Madrid: Cinca, 2007, p. 15-18.

PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. España: Ediciones Diversitas, 2006.

ROCHA, Marcelo Hugo da. Do direito fundamental à educação inclusiva e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista dos Tribunais*. v. 105, n. 963, p. 130-151, jan., 2016.

TASSIGNY, Mônica Mota; MAIA, Maurilio Casas; SILVIO, Solange Almeida Holanda. O direito à educação e a defensoria pública: legitimidade coletiva, educação em direitos e educação jurídica. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, v. 106, n. 984, p. 319-342, out. 2017.

## AVANÇOS TECNOLÓGICOS E MODIFICAÇÕES NA RELAÇÃO CONSUMIDOR-FORNECEDOR

Lucas da Cruz Benevides<sup>386</sup>

Raphael Del Monte Schiavi Noda<sup>387</sup>

Ricardo Moura Santos<sup>388</sup>

**Súmarío** 1. Introdução 2. Novas aplicações 3. Grande base de dados 4. O Reclame Aqui 5. As mudanças nas relações de consumo 6. A evolução dos meios públicos tradicionais 7. Conclusão.

**RESUMO:** As últimas décadas foram marcadas por revoluções tecnológicas e pela disseminação e barateamento do uso da internet. Tais avanços resultaram num aumento expressivo de poder ao cidadão, que hoje tem uma capacidade de influência na sociedade e de participação democrática que nunca havia experimentado. O contexto do Direito do Consumidor não deixou de ser afetado por essas grandes modificações na dinâmica social. Se por um lado a internet oferece um espaço muito aberto para a publicidade e divulgação de empresas, por outro permite ao consumidor insatisfeito espalhar as causas de sua insatisfação. Com o surgimento de páginas de reclamações como o site ReclameAqui e também a possibilidade de entrar em contato direto com a empresa em redes sociais como o Facebook e até mesmo avaliá-la caracteriza um grande empoderamento do consumidor frente aos empresários, sendo que o fato de as avaliações em ambos os sites ficarem visíveis a milhões de pessoas e poderem afetar a escolha do consumidor entre uma empresa e outra, incita uma resposta mais rápida e benéfica ao usuário ou consumidor. Este trabalho terá como objetivo analisar os efeitos dessa evolução no hábito dos consumidores de como realizar reclamações e a criação de um costume de pesquisar e comparar a reputação das empresas, assim como as respostas dos empresários a esses métodos mais práticos, amplos e democráticos de denúncia. Também será tratada a posição do PROCON e outros órgãos mais tradicionais de defesa do consumidor frente a essas novidades. Para tal análise será utilizada uma metodologia de análise de reportagens e estudos já feitos sobre o assunto no país, de modo a aprofundar e tornar mais técnica a análise dos dados coletados.

### Abstract

The last decades were marked by profound technological revolution and the dissemination and decrease of cost in internet access. Such advances resulted in an

---

<sup>386</sup> Graduando em Direito na UFF.

<sup>387</sup> Graduando em Direito na UFF.

<sup>388</sup> Graduando em Direito na UFF.

expressive increase of the people's power, who now have capacity of influencing the society and democratic participation greater than ever. The consumerist law context has been affected by these great changes in the social dynamics. If the internet provides a very open space for publicity and marketing, it also allows the dissatisfied consumer to share the reasons of his discontentment. With the emergence of websites like ReclameAqui and also the possibility of direct contact with companies and evaluating their service in Facebook, the end user has been enfranchised. Because of the exposure of ratings and the effect that it has in image of companies, they are more prone to give a faster and more effective response to end users. This article has the goal of analysing changes in the habit of consumers in the way they complain and choose the best company for their needs and also the companies reactions to these more democratic and practical ways of complaining. The place of PROCON and other traditional agencies in the modern context will likewise be studied. In order to achieve a complete analysis we will use news reports and studies already made in Brazil towards the creation of a greater understanding in this field.

**Palavras-chave:** Consumidor, Tecnologia, Democracia, Empresas

**Keywords:** Consumer; Technology; Democracy; Companies

## 1. Introdução

As últimas décadas foram marcadas por avanços admiráveis no campo da tecnologia, os quais tiveram impactos profundos na vida social como um todo. A criação, barateamento e popularização da internet, computadores e celulares, assim como o surgimento de aplicativos e redes sociais transformaram a forma como o ser humano interage entre si e com os Governos, empresas e outras entidades. Atualmente os efeitos da tecnologia no campo da política, por exemplo, são muito discutidos, tanto na influência na hora do voto, como na questão do acompanhamento dos candidatos após eleitos e até mesmo na questão de doutrinação ideológica e alienação.

A área de Direito do Consumidor não ficou à parte desses avanços. Segundo conceito do Código de Defesa do Consumidor, é consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço como destinatário final”. Todos seres humanos devem se encaixar na ideia de consumidor por, pelo menos, algumas oportunidades durante sua vida e com o Homem conectado da atualidade as relações entre consumidor e

empresário mudaram drasticamente. Nem todas essas mudanças, no entanto, apresentam apenas lado positivo, visto que a internet é algo de extrema utilidade, mas que apresenta uma série de graves riscos.

Se por um lado, as redes sociais e os aplicativos de mensagens tornaram mais simples o compartilhamento de insatisfações com empresas, produtos ou serviços, potencializando danos à imagem de empresas que desrespeitam o consumidor, por outro a possibilidade de informações, publicidades e outros artifícios enganosos também aumentou. Se hoje o contato com a empresa para possíveis reclamações se tornou mais prático e público, o surgimento de grandes fornecedores existentes quase que unicamente no campo *online* despolariza as discussões e aumenta a possibilidade de desrespeito ao consumidor.

O presente artigo tem, portanto, o objetivo de estudar tais mudanças e seus efeitos na relação fornecedor-consumidor, apresentando os novos instrumentos para tal interação e avaliando seus aspectos positivos e negativos, assim como a reação dos meios tradicionais de defesa e representação do consumidor a essas novas tecnologias e as adaptações feitas pelos fornecedores neste contexto.

## 2. Novas aplicações

As plataformas mais acessadas da internet hoje criaram espaços que possibilitam o contato direto do cliente com o fornecedor e com outros clientes. Atualmente, em uma simples e rápida pesquisa, pode-se comparar dezenas de serviços, produtos e fornecedores a partir da reputação que eles recebem nessas plataformas digitais e a resposta que eles dão a essas avaliações.

Ao pesquisar o nome de uma loja, hotel ou outro tipo de empresário no Google uma pequena tabela com informações essenciais, tais como endereço e horário de funcionamento irá aparecer. Desta tabela ainda constarão fotos, muitas delas disponibilizadas pelos próprios consumidores, os quais têm ainda a possibilidade de realizar uma avaliação sobre o local, atribuindo de uma a cinco estrelas e tecendo longos comentários que justifiquem tal classificação. Esta fica, então, disponível a todos que acessam o Google e pode ajudar o consumidor indeciso a escolher entre um fornecedor e outro. Tal iniciativa não fica restrita ao Google, pois sites especializados

em hotéis, como o Booking e em viagens, como o TripAdvisor também abrem espaço para as avaliações, sendo que o fornecedor poderá responder a comentários, agradecendo os positivos ou se justificando sobre os negativos.

Em se tratando da rede social Facebook, a interação é muito mais profunda. Além de várias páginas oficiais permitirem a avaliação e comentários, os quais são respondidos pelas empresas, há ainda, em alguns casos, a possibilidade de mandar mensagens diretas e privadas ao atendimento do fornecedor, garantindo uma resposta rápida e eficaz aos problemas. Isso sem olvidar o alcance que publicações e avaliações podem ter numa rede social que possui mais de dois bilhões de usuários cadastrados<sup>389</sup>.

### 3. Grande base de dados

Os milhões de usuários diários dessas plataformas, ao avaliar os serviços, criam imensas bases de dados que servirão de referência para os consumidores que acessarem futuramente estes sites. Um exemplo claro desse fato e da grandiosidade dos números de dados é o sítio eletrônico Booking.

Este site tem um alcance global, incluindo milhares de hotéis, hostels e afins, englobando das menores a maiores cidades de diversos países do mundo, servindo como uma plataforma para reservas de hospedagem. Após a estadia, os usuários que efetivamente utilizaram o serviço podem avaliar o estabelecimento, atribuindo notas para a comida, localização, funcionários, conforto, limpeza, custo-benefício, comodidades e internet.

Além de atribuir as notas para esses serviços o hóspede ainda pode escrever textos, destacando os melhores e os piores pontos da experiência, sendo que estes podem ser respondidos pelos proprietários do estabelecimento de forma a dar um retorno a possíveis críticas que possam ser feitas. Como apenas os usuários cadastrados que fizeram reserva no hotel podem avaliá-lo há uma garantia maior em relação aos

---

<sup>389</sup> G1. Facebook atinge os dois bilhões de usuários. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/facebook-atinge-os-2-bilhoes-de-usuarios.ghtml>. último acesso em: 15/12/17



comentários em relação a outras plataformas mais abertas, tais como o Google, o que gera maior confiança no consumidor.

Todos estas avaliações têm ainda caráter público e podem alcançar números impressionantes. Um dos hotéis mais reservados no Rio de Janeiro, o Atlântico Business Centro, por exemplo, possuía no dia 15 de dezembro incríveis 7.837 avaliações. Já em Nova York, nos Estado Unidos da América, o Hotel Pennsylvania detinha 26.753 análises.

Enquanto isso, no Google, ao pesquisar por estabelecimentos nos deparamos com uma breve ficha com dados essenciais, tais como horário de funcionamento, endereço, breve descrição e fotografias, conjuntamente com um espaço para avaliações que pessoas com registro no Google podem utilizar, realizando comentários e atribuindo uma nota de 1 a 5 estrelas.

No caso do Restaurante Terraço Itália, em São Paulo, temos disponíveis no Google mais de 1.300 comentários em 15 de dezembro 2017, que resultavam numa média de 4,5 estrelas para o estabelecimento; já no Facebook, mais de 17 mil avaliações davam ao restaurante uma média de 4,7 pontos, de 5. Ao pesquisar sobre hotéis nos deparamos também com números altos, tal como ocorre com o Ibis Budget Paulista, com 2.300 avaliações.

A facilidade de acesso a esses dados e a confiança que trazem os levam, sem dúvida, a ser fator importante na escolha do consumidor e na construção de uma relação de consumo mais aberta, transparente e participativa. Se antes era difícil ter acesso à um contingente baixo de opiniões sobre determinado fornecedor ou serviço, hoje em questão de segundos pode-se ter noções da experiência e opiniões de milhares.

A publicidade desses dados podem gerar danos e influências extremamente negativas no fluxo de clientes de estabelecimentos mal avaliados e isso deve forçar aos fornecedores maior responsabilidade e qualidade dos serviços, além de possibilitar a adequação de determinados detalhes que não satisfazem os consumidores e que, sem essa grande base de informações, talvez passariam despercebidos por parte do empresário.

Pode-se afirmar que as novas tecnologias resultaram numa grande transformação nessa interação entre o consumidor e o fornecedor, os quais, por sua vez, tiveram parte de sua essência modificada. Atualmente temos um consumidor muito mais ativista e um fornecedor mais receptivo às suas opiniões e ideias, transformando a relação em uma “via de mão dupla”. No mundo globalizado e dinâmico o empresário deve ter completa atenção e acompanhar as mudanças que a tecnologia produz, sob pena de sofrer perdas irreversíveis.

#### 4. O ReclameAqui

Dentre todas essas ferramentas, uma em especial se destaca pelo seu enorme sucesso no campo dos direitos do consumidor. A ideia da criação do site partiu de algo corriqueiro na vida de quem viaja pelo país, os problemas com as companhias aéreas. Depois de perder um negócio em 2001 por causa disso e não encontrar um canal efetivo para demonstrar sua insatisfação, Maurício Vargas teve a ideia de criar o Reclame Aqui.<sup>390</sup>

O alcance do site se agigantou nesse meio tempo e ele se tornou uma referência no campo da defesa do consumidor. Segundo dados do próprio serviço mais de 600 mil pessoas buscam diariamente a reputação de empresas no site, gerando incríveis 42 milhões de *page views* por mês. Os números de empresas e usuários cadastrados também surpreendem; são 120 mil fornecedores e 15 milhões de consumidores e somente em 2016 foram 12 milhões de reclamações.<sup>391</sup>

Como se pode observar por esses números, o consumidor brasileiro tem mudado os seus hábitos. Ciente de sua vulnerabilidade e dos desmandos de certos fornecedores, vêm buscando se informar antes de realizar compras ou contratar serviços de modo a evitar possíveis insatisfações e incômodos.

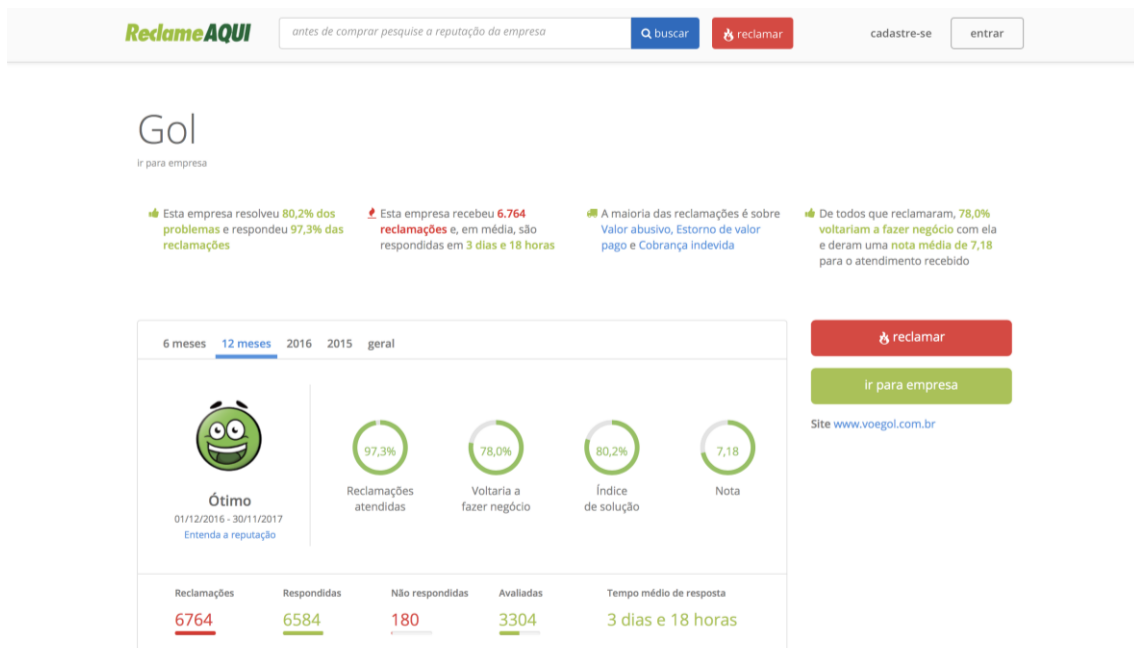
Efetuada a reclamação no site, esta fica visível para todos os que acessarem e deve ser respondida pela empresa. Considerando a resposta da empresa e o atendimento o cliente registra se ficou satisfeito e teve seu problema solucionado ou não e baseado no número

---

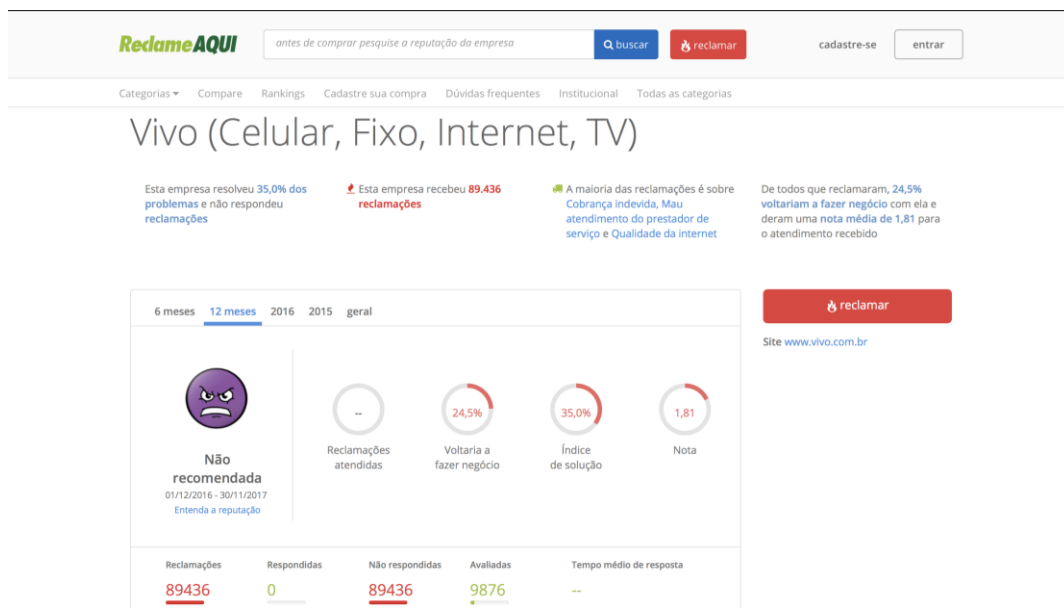
<sup>390</sup> Reclame Aqui. Sobre o RA. Disponível em: <https://www.reclameaqui.com.br/institucional/> - último acesso em: 15/12/17

<sup>391</sup> IDEM

de reclamações atendidas e solucionadas o fornecedor pode ser classificado como não recomendado, ruim, regular, bom, ótimo ou ainda receber um certificado de excelência, o RA 1000. Vejamos exemplos de como a plataforma efetivamente funciona:



**Figura 1.** Página sobre a Gol Linhas Aéreas no site Reclame Aqui



**Figura 2.** Página da Vivo no site Reclame Aqui

## Tipos de problemas de Ecommerce



**Figura 3.** Página com a lista de Ecommerce com maior número de reclamações por tipo de problema

Como mostrado nas imagens esta é uma plataforma desenhada de maneira a apresentar os dados de forma clara e transparente. Ao buscar por um fornecedor específico o internauta é direcionado a uma página onde encontra um resumo prático, o qual contém o número de avaliações, quantas delas foram respondidas, o nível de satisfação do cliente, a nota que foi dada à empresa e, principalmente, a classificação já referida acima.

Temos aqui dois casos diametralmente opostos, enquanto a Gol se figura como companhia aérea mais bem avaliada do site, tendo registrado altos níveis não só de respostas como também de solução de problemas, o que se reflete na alta taxa de consumidores que voltariam a fazer negócio com esta fornecedora. No campo oposto, a Vivo, assim como outras companhias de telefonia, não responde as reclamações, as quais em 12 meses já totalizam 90 mil. Isso resulta em uma nota muito baixa e um baixo nível de consumidores satisfeitos.

Seria interessante questionar quais seriam os efeitos de tamanha desconsideração ao consumidor retratada se o ambiente de negócios no campo da telefonia fosse mais competitivo e menos problemático em nosso país. No entanto, todas as grandes empresas do ramo (Claro, Vivo, Tim, Oi e Nextel) são consideradas como não recomendadas.

As bases de dados disponíveis no site, porém, não se limitam à isso. O internauta pode pesquisar empresas por categoria, tendo então acesso rápido às empresas mais reclamadas, as piores e as melhores do ramo, sendo discriminados ainda quais são os problemas mais típicos de cada fornecedor. O internauta tem ainda acesso a rankings das empresas e pode comparar os fornecedores de modo a decidir qual tem menor probabilidade de lhe causar problemas e maior chance de resolvê-los, caso ocorram.

Além de oferecer o espaço para as reclamações, o Reclame Aqui hoje realiza um prêmio para empresas levando em conta sua reputação, atendimento e relacionamento com o cliente, o Prêmio Época Reclame Aqui, realizado em parceria com a Revista Época, da Editora Globo. São diversas categorias que contemplam os mais diversos setores de comércio, dos setores de alimentos e de livrarias aos de transporte aéreo e consórcio.

Por fim, ainda tem contribuído no controle dos descontos e serviços em épocas de promoções como o Black Friday, época de grandes descontos, já tradicional nos Estados Unidos da América e de chegada mais recente ao Brasil. No ano de 2016 foram registradas duas mil e novecentas reclamações durante o Black Friday, sendo 22% delas relacionadas à propaganda enganosa.<sup>392</sup> Por fim, há ainda um espaço para reclamações de serviços públicos no site, mostrando o desejo da plataforma de se tornar uma grande aliada e facilitadora do cidadão brasileiro.

## 5. As mudanças nas relações de consumo

Com o implemento e popularização dos novos meios eletrônicos e da internet, a forma como o ser humano lida com as situações do cotidiano mudou completamente. As consequências do mundo interconectado e globalizado vêm sendo estudadas por muitos renomados pensadores e filósofos, entre eles Zygmunt Bauman.

No campo do Direito Consumerista, certos autores levam em consideração tais aspectos e diferenciam a atual geração de consumidores das mais antigas, dando a ela nomes

---

<sup>392</sup> G1. Black Friday gera mais de 100 queixas por hora no Reclame Aqui. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/black-friday-gera-mais-de-100-queixas-por-hora-no-reclame-aqui.ghtml> - último acesso em: 15/12/2017

como consumidores 2.0<sup>393</sup> ou ainda prosumers<sup>394</sup>. Posição esta que revela a percepção da maior participação e influência do consumidor na relação consumerista e na construção de políticas dos fornecedores.

Essa maior participação advém do poder de exposição que a internet confere ao cidadão comum, algo sem precedentes históricos. A abertura, liberdade e alcance das redes sociais, sites e outras aplicações do ambiente digital criam espaço para um ativismo do consumidor, o qual, cansado da ineficácia e burocracia dos meios tradicionais, enxerga a possibilidade de fazer valer sua reclamação e impactar na imagem do fornecedor que descumpriu com suas obrigações com o consumidor.

O ciberativismo se tornou uma alternativa fácil e efetiva, perante os meios tradicionais de interação consumidor-fornecedor, permitindo a troca de experiências, opiniões que irá criar uma extensa e confiável base de dados disponível a milhões de pessoas em questões de segundos. Tais fatos resultam em uma alteração fática às relações comerciais e sua acessibilidade configura um grande avanço na democratização da relação consumerista e da defesa dos direitos do consumidor.

O cidadão brasileiro já teve amostra dos grandiosos efeitos que podem ser gerados a partir de mobilizações na internet, como ocorreu nas grandes manifestações de 2013 e também durante o processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, símbolos da maior participação na vida política do país possibilitada pelas novas tecnologias. Assim também ocorre com a nova geração de consumidores, que, como já visto pelos dados apresentados nos tópicos 2 e 4 deste artigo, respondem e consultam em peso os meios alternativos e digitais para a defesa de seus direitos.

Um vídeo demonstrando defeito ou vício de um produto ou um longo texto relatando um serviço mal prestado, por exemplo, podem ser compartilhados diversas vezes, de forma a atingir um público muito grande e danificar a imagem do fornecedor em

---

<sup>393</sup> RAMINELLI, Francieli Puntel; FELTRIN, Lohana Pinheiro, DE OLIVEIRA, Rafael Santos; DE CRISTO, Tatiana Vielmo. *Ciberativismo do consumidor 2.0: limites e oportunidades ao exercício do direito de expressão no ciberespaço*, 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php artigo\\_id=10238&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php artigo_id=10238&n_link=revista_artigos_leitura) - último acesso em: 15/12/17

<sup>394</sup> COELHO, Gabriela Rocha; VENANCIO, Georgina; CALAZANS, Janaina de Holanda; DA SILVA, Karlla Lacerda. *RELAÇÕES DE CONSUMO INTERMEDIADAS POR SITES DE RECLAMAÇÃO ONLINE*, Veredas, ano 11, vol. 8, n. 2, p. 71, 2015

questão perante os internautas que tiveram acesso à informação. Tal fato se torna cada vez mais corriqueiro e é muito provável que um internauta frequente já tenha se deparado com comentários do tipo em sua rede social ou em aplicativos de mensagem. Caso uma empresa não atenda a reclamação ou dê satisfações devidas o dano pode ser de difícil reparo.

No entanto, é importante afirmar que o consumidor não abandonou de completo os meios tradicionais de defesa, tais como SACs e Procons, em alguns casos houve até aumento na utilização desses serviços. Segundo uma pesquisa disponível no artigo "Relações de Consumo intermediadas por sites de reclamação online" publicada na Veredas, Revista Eletrônica de Ciência em 2015 e realizada com uma pequena amostra de usuários do site Reclame Aqui mostra que a imensa maioria (90%) buscou entrar em contato com a empresa pelas vias tradicionais e destes, 71% tentaram contato por meio do serviço de SAC.

Além disso, 57% dos consumidores revelaram ter pensado em procurar o Procon para solucionar o caso.<sup>395</sup> Apesar de não caracterizar uma maioria tão expressiva esse dado demonstra que muitos ainda acreditam na eficiência do órgão público, principalmente por sua capacidade punitiva.

Os Procons de várias cidades vêm, inclusive, registrando expressivos aumento na procura. Se trata do caso em Caruaru (PE), onde o número de atendimentos passou de 39.153 em 2011 para 78.525 em 2014<sup>396</sup>. O mesmo ocorreu em Blumenau (SC), onde em novembro de 2016 já haviam sido registrados mais atendimentos do que no ano de 2015 inteiro<sup>397</sup> e em Araxá (MG), que registrou aumento de 13% das reclamações no primeiro semestre de 2017 em relação ao mesmo período de 2016<sup>398</sup>.

---

<sup>395</sup> COELHO, Gabriela Rocha; VENANCIO, Georgina; CALAZANS, Janaina de Holanda; DA SILVA, Karlla Lacerda. *RELAÇÕES DE CONSUMO INTERMEDIADAS POR SITES DE RECLAMAÇÃO ONLINE*, Veredas, ano 11, vol. 8, n. 2, p. 81-84, 2015

<sup>396</sup> COELHO, Gabriela Rocha; VENANCIO, Georgina; CALAZANS, Janaina de Holanda; DA SILVA, Karlla Lacerda. *RELAÇÕES DE CONSUMO INTERMEDIADAS POR SITES DE RECLAMAÇÃO ONLINE*, Veredas, ano 11, vol. 8, n. 2, p. 80, 2015

<sup>397</sup> DC. Cresce o número de reclamações no Procon contra empresas de Blumenau. Disponível em: <http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/11/cresce-o-numero-de-reclamacoes-no-procon-contra-empresas-de-blumenau-10048931.html>- último acesso em: 15/12/2017

<sup>398</sup> G1. Número de reclamações no Procon cresce 13,2% no 1º semestre em Araxá. Disponível em: <https://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/numero-de-reclamacoes-no-procon-cresce-132-no-1-semestre-em-araxa.ghtml> - último acesso em: 15/12/2017



## 6. A evolução dos meios públicos tradicionais

Como visto, o caráter punitivo dos órgãos públicos e sua tradição ainda geram influência e atraem consumidores que buscam reparação por vícios e defeitos de produtos ou outras questões relacionadas aos seus direitos. O art. 5º, XXXII da Constituição de 1988 prevê que deve o Estado promover, na forma de lei, a defesa do consumidor, contudo a burocracia, demora e falta de divulgação de algumas ferramentas prejudicam a concretização dessa defesa e abrem espaço para a atuação de novas ferramentas. Não obstante, esses meios tradicionais têm demonstrado avanços e adaptações às novas tecnologias. Se por um lado, os fornecedores aderem ao Facebook, Reclame Aqui e outras formas de interação, por outro há o SINDEC e o [consumidor.gov.br](http://consumidor.gov.br), por exemplo.<sup>399</sup>

Os Procons, Programas de Proteção e Defesa do Consumidor, são órgãos públicos, ligados ao Poder Executivo de municípios ou estados, tendo sido o estado de São Paulo pioneiro em sua criação. Ocorre que não havia padronização de procedimentos, base de dados comum ou qualquer sistema de informação que conectasse os vários órgãos de defesa do consumidor nos várias esferas da federação, entre eles os Procons. Em 2003, portanto, começaram os esforços para a criação do SINDEC, o Sistema de Informação Nacional de Defesa do Consumidor. Desenvolvido em parceria com o Procon/SP foi inicialmente implantado em Belo Horizonte (MG), sendo aos poucos instalado em outros órgãos. Se trata de um sistema de extrema importância na defesa do consumidor, principalmente na definição de novas políticas públicas nesse sentido.<sup>400</sup>

Além desse órgão, há ainda diversas outras ferramentas públicas que podem ser utilizadas pelo consumidor. Uma das mais interessantes entre elas é o [consumidor.gov.br](http://consumidor.gov.br). Surgiu da necessidade de garantir a abertura a uma forma de atendimento não presencial que garantisse o subsídio de informações relevantes e auxiliasse a mitigação e resolução dos conflitos.<sup>401</sup>

---

<sup>399</sup> DE SOUZA, João Paulo Alexandre. *Defesa do consumidor e políticas públicas: um estudo sobre o Consumidor.gov.br*, 2014, p. 14-15 e 24-26

<sup>400</sup> DE SOUZA, João Paulo Alexandre. *Defesa do consumidor e políticas públicas: um estudo sobre o Consumidor.gov.br*, 2014, p. 24-26

<sup>401</sup> IDEM, p. 14-15

Este site tem funcionamento e objetivos similares ao do Reclame Aqui e também registra altos níveis de reclamações. As empresas participantes do programa se comprometem a analisar e responder as reclamações registradas num prazo de 10 dias e isso garante altos níveis de soluções. Como meio de comparação podemos estudar o caso da Vivo, que já foi visto quando tratamos do Reclame Aqui. No caso do consumidor.gov.br a diferença é impressionante. Foram 100% de reclamações atendidas num prazo médio de 8,5 dias, com soluções efetivas em 92,8% dos 48.153 casos dos últimos 12 meses (dados consultados pela última vez em 15 de dezembro de 2017), gerando uma nota para a empresa de 4,1, de 5. Fato interessante é que no caso da Gol Linhas Aéreas a situação se inverte, o índice de solução cai (71% contra mais de 80%) e a satisfação desaba, visto que esta possui uma nota de 2,7 de 5 no portal público.

Um último destaque vai para o site da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) que permite ao cidadão fazer reclamações e buscar soluções efetivas para seu caso. O site, no entanto, é muito menos prático e transparente, sendo também pouco divulgado, mas possui o benefício de poder levar a sanções às empresas.<sup>402</sup>

## 7. Conclusão

Pode-se afirmar que as últimas inovações tecnológicas representaram um grande avanço para a proteção do direito do consumidor, garantindo maior publicidade e efetividade na solução de problemas através das novas plataformas criadas. Aliás, mais do que um simples avanço, elas modificaram de forma profunda e definitiva a interação consumidor-fornecedor, dando ao consumidor dos dias atuais um poder de influência muito maior na definição de políticas das empresas e no comportamento de outros consumidores.

Tanto a iniciativa pública quanto a privada geraram plataformas muito úteis na conscientização e defesa do consumidor, o qual hoje se entende muito mais participativo e ativista. No entanto, há ainda alguns pontos a serem aprimorados quando se fala das plataformas públicas, principalmente quanto à publicidade e excesso de

---

<sup>402</sup> RAMINELLI, Francieli Puntel; CHRISTO, Tatiana Vielmo de; FELTRIN, Lohana Pinheiro; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *RECLAME aqui e portal da agência nacional de telecomunicações: uma análise dos espaços do ciberconsumidor na internet*, 2011, p. 6-7

burocracia. Levando tais aspectos em conta, há de se supor que novas plataformas e aprimoramentos das aplicações atuais surgirão em breve, aprofundando ainda mais as mudanças no âmbito do Direito Consumerista e criando um consumidor cada mais ativo e empoderado.

#### Referências Bibliográficas

DA ROCHA, Amélia; TORRES, Ismael. *O direito do consumidor e as novas tecnologias: sistema nacional de informações de defesa do consumidor - SINDEC*, 2010

RAMINELLI, Francieli Puntel; CHRISTO, Tatiana Vielmo de; FELTRIN, Lohana Pinheiro; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *RECLAME aqui e portal da agência nacional de telecomunicações: uma análise dos espaços do ciberconsumidor na internet*, 2011

COELHO, Gabriela Rocha; VENANCIO, Georgina; CALAZANS, Janaina de Holanda; DA SILVA, Karlla Lacerda. *RELAÇÕES de consumo intermediadas por sites de reclamação online*, 2015

RAMINELLI, Francieli Puntel; FELTRIN, Lohana Pinheiro, DE OLIVEIRA, Rafael Santos; DE CHRISTO, Tatiana Vielmo. *Ciberativismo do consumidor 2.0: limites e oportunidades ao exercício do direito de expressão no ciberespaço*, 2011.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. *A proteção do consumidor na era da globalização*

DE SOUZA, João Paulo Alexandre. *Defesa do consumidor e políticas públicas: um estudo sobre o Consumidor.gov.br*, 2014.

NASCIMENTO, Marcelo Tadeu; BARBOSA, Marco Antônio. *O fenômeno “reclame aqui” à luz da antropologia jurídica: um exemplo de pluralismo jurídico*, 2016

## A REVISÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A REABILITAÇÃO PATRIMONIAL DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO: UMA ALTERNATIVA EFICAZ?

Matheus Baia de Andrade<sup>403</sup>

**Sumário:** 1. Considerações iniciais - 2. A visão doutrinária acerca da revisão dos contratos bancários por superendividamento do consumidor - 3. Dos entraves judiciais à revisão dos contratos de mútuo bancário por superendividamento do consumidor - 4. O Novo Código de Processo Civil e a revisão dos contratos bancários - 5. A revisão contratual na ótica do Projeto de Lei 3.515/2015.

**Resumo:** O ensaio pretende avaliar a real eficácia da aplicação do instituto da revisão judicial dos contratos frente às contratações bancárias de fornecimento de crédito como forma de mitigação dos efeitos do superendividamento do consumidor. Nesse sentido, se propõe o presente traçar um amplo panorama doutrinário e jurisprudencial de forma a jungir o estudo da revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor e o fenômeno sócio jurídico do endividamento excessivo, em ordem a evidenciar os inúmeros obstáculos que se apresentam ao jurista atual no tocante ao tratamento dessas questões.

**Palavras-chave:** revisão contratual; superendividamento; tratamento; consumidor.

**Abstract:** This essay intends to evaluate the real effectiveness of the application of the institute of judicial review of contracts to bank credit supply contracts as a way to mitigate the effects of consumer over-indebtedness. In this sense, it is the intention of this investigation to draw a broad doctrinal and jurisprudential panorama in order to combine the study of contractual revision in the Code of Consumer Protection and the socio-legal phenomenon of excessive debt, with the aim of highlighting the numerous obstacles present in the treatment of these issues.

**Keywords:** review of contracts; over-indebtedness; treatment; consumer.

### 1. Considerações iniciais

O estudo da revisão dos contratos é tarefa relevante e deveras interessante, desafiando o jurista atual, sobretudo num momento em que os negócios jurídicos se sujeitam cada vez mais a variadas eventualidades que desvirtuam seu equilíbrio, quer tenham causa concomitante à sua formação, quer sejam supervenientes, revelando-se tão-somente em momento posterior à sua celebração<sup>404</sup>.

---

<sup>403</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante do grupo de pesquisa “A tutela jurídica da pessoa nos espaços privados sob a ordem constitucional solidária”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ. E-mail: mbaia.andrade@gmail.com

<sup>404</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosa de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 143-144.

Em que pese a parca tradição brasileira em admitir a revisão dos contratos em geral, sendo certo reconhecer que tal possibilidade somente ganhou força com a edição do Código de Defesa do Consumidor, e posteriormente, com o Código Civil de 2002, poucas não são as obras jurídicas que se dedicam ao estudo do tema<sup>405</sup>, questionando-se, em sua maioria, acerca do tamanho da importância que deve ser conferida à vontade das partes, e do quão imprescindível é a aplicação flexível dos clássicos pilares que sustentam o direito dos contratos para promover uma adequação destes à realidade dos fatos.<sup>406</sup>

Na esteira dessa corrente, nos parece ainda mais interessante e desafiador promover o estudo de novas formas que ensejam a aplicação da aludida revisão, e questão certamente tormentosa enfrentada pela atual sociedade pós-moderna é a problemática do superendividamento do consumidor<sup>407</sup>, que demanda uma solução eficaz, ou ao menos um enfrentamento imediato.

No que concerne ao superendividamento, é este a face mais perversa da democratização do acesso ao crédito à pessoa física que se delineou no Brasil sobremaneira a partir de meados da primeira década deste século. Com efeito, se anteriormente o mercado formal de crédito era praticamente impenetrável à boa parte da população, tal não é realidade que se testemunha atualmente, uma vez que nunca foi tão fácil pedir empréstimos e contrair dívidas.

---

<sup>405</sup> Destaca-se, dentre outras, seguintes obras: BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002; CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007; DONINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1958; KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983; MORAES, Renato José de. *Cláusula “rebus sic stantibus”*. São Paulo: Saraiva, 2001; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002; OLIVEIRA, Anísio José de. *A teoria da imprevisão nos contratos*. São Paulo: Leud, 1991; SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

<sup>406</sup> MORAES, Renato José de. *Cláusula “rebus sic stantibus”*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19.

<sup>407</sup> Sobre a temática, assim dispõe MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.256, *verbis*: “O superendividamento é o estado patológico do consumo e pode ser definido como impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos). Seja consentido remeter também a definição dada por CARPENA, Heloisa. *Contornos atuais do superendividamento*. In: *Temas de Direito do Consumidor*. Coordenador: MARTINS, Guilherme Magalhães. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 239, *verbis*: “Considera-se superendividamento fenômeno social que atinge o consumidor de crédito pessoa física que, agindo de boa-fé, voluntariamente ou em virtude de fatos da vida, contrai dívidas cujo total, incluídas vencidas e a vencer, compromete o mínimo existencial garantido constitucionalmente.”

É imperioso destacar, todavia, que esta expansão antes de fomentar uma torrente de endividamento excessivo entre os consumidores, possibilitou o consumo de bens e serviços até então inacessíveis a milhões de brasileiros,<sup>408</sup> bem como representou um socorro para tantos outros em momentos de crise. Outrossim, por ser o superendividamento um fenômeno em grande medida alimentado por práticas predatórias que abundam o setor bancário,<sup>409</sup> razoável não seria que o consumidor fosse afastado do crédito em prol da tentativa de controle da alta incidência de tais crises financeiras, que demandam acima de tudo regulação no sentido de seu tratamento e prevenção.

Percebe-se, nesse sentido, que alguns esforços adaptativos vêm sendo realizados, ainda que timidamente, na direção da mitigação dessas situações, sobretudo num cenário em que inexistente qualquer regramento específico que possibilite ao devedor superendividado saldar suas dívidas, restabelecer sua situação financeira, e ter seus direitos fundamentais preservados. Tais esforços parecem consubstanciar-se, no mais das vezes, na interpretação constitucional da legislação que dispomos em matéria de proteção ao consumidor, e que se utiliza do instituto da revisão judicial dos contratos enquanto poderosa ferramenta em sua defesa.

Por essa razão, buscar-se-á através do presente ensaio promover um estudo que articule as temáticas da revisão judicial dos contratos e do superendividamento do consumidor, sendo a primeira uma forma de atenuação para este último. Grande destaque será dado, pois, às compreensões doutrinárias e jurisprudenciais acerca desta possibilidade, buscando compreender as vantagens e desvantagens de uma aplicação individualizada do instituto em detrimento de seu emprego no bojo de um sistema formal que privilegie, principalmente, a conciliação, como maneira de mitigação do endividamento excessivo dos consumidores.

---

<sup>408</sup> NERI, Marcelo Cortes (coord). *A nova classe média: o lado brilhante dos pobres*. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2010, p. 31.

<sup>409</sup> Cf. LIMA, Clarissa Costa de. *Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e proteção do consumidor contra o superendividamento*. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2006.

## 2. A visão doutrinária acerca da revisão dos contratos bancários por superendividamento do consumidor

À vista do exposto, e considerando que ante a ausência de mecanismos específicos positivados em lei que permitam mitigar os danos efeitos do superendividamento é a revisão judicial dos contratos instrumento que atualmente parece ocupar posição de destaque no tratamento dessas questões,<sup>410</sup> convém que se verifique quais são os principais desafios enfrentados por esta nesse mister, a começar pela análise de uma visão doutrinária que será sucedida por uma visão prática do entendimento de nossos Tribunais quanto a tal possibilidade.

Forçoso recordar, nesse sentido, que tal instituto se faz presente no inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, por meio do qual é possibilitada ao consumidor a adequação do contrato em dois casos distintos: (a) na eventualidade de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ao consumidor; e (b) em razão de fato superveniente que as tornem excessivamente onerosas ao consumidor.<sup>411</sup>

Nesse sentido, imprescindível destacar que o fenômeno do superendividamento pode relacionar-se a ambas as situações,<sup>412</sup> razão pela qual uma análise parcial do dispositivo em comento poderia se revelar insuficiente para o propósito deste ensaio, que é justamente verificar a aptidão detida pelo instituto para tratar a universalidade dos casos de endividamento excessivo que desafiam o Judiciário atualmente.

Quanto ao primeiro caso, destaca-se que o superendividamento decorre de cláusulas abusivas, em especial da cobrança de juros extorsivos que dificultam enormemente o adimplemento das obrigações contratuais advindas principalmente do mútuo celebrado pelo consumidor juntamente com instituições bancárias. No que concerne à segunda

---

<sup>410</sup> Nesse sentido, leciona a defensora pública Marcella Oliboni que “a falta de legislação específica não impede, porém, de todo, a proteção e defesa dos consumidores em situação de superendividamento no Brasil, uma vez que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a própria Constituição Federal contêm normas gerais que autorizam esse movimento, enquanto se aguarda sanção de legislação sobre o tema”. OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela (coords.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p.346.

<sup>411</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: [[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)] Acesso em 11 out. 2017.

<sup>412</sup> DE LIMA, Clarissa Costa. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 135.

hipótese, é o superendividamento fato superveniente alterador das circunstâncias fáticas a ensejar a revisão dos contratos de consumo, dentre os quais se destacam os contratos de crédito.

Volvendo-se a primeira hipótese, constata-se que as taxas de juros praticadas pelos bancos no Brasil estão entre os patamares mais elevados do mundo, o que lhes brinda com o terceiro maior *spread* bancário<sup>413</sup> do planeta. Muito embora não seja nosso propósito investigar quais elementos integram a formação das taxas de juros bancárias, não se pode olvidar do falacioso discurso<sup>414</sup> das instituições financeiras que insistem em atrelar as elevadas taxas de juros praticadas à alta inadimplência verificada no Brasil.

Andressa Jarletti Gonçalves<sup>415</sup> reconhece, pois, ao menos três motivos pelos quais tal discurso ainda parece ser de grande utilidade para as instituições bancárias. Em primeiro lugar, destaca-se o fato de ser o risco geral da inadimplência repassado aos consumidores, o que torna vantajoso para os bancos um excessivo provisionamento da possibilidade de inadimplência do tomador de crédito, uma vez que quanto maior o risco, maior será também o lucro para tais instituições. Em segundo lugar, aponta-se o fato de que o atraso no pagamento da dívida autoriza o banco a aplicar os chamados encargos moratórios, o que faz gerar acréscimos adicionais ao saldo devedor, e aumentar a lucratividade da instituição financeira, quando não raro impossibilita o pagamento pelo devedor. Por derradeiro, menciona-se que muito dos abatimentos concedidos por instituições financeiras ao valor das dívidas, especialmente as mais antigas, como meio de facilitar o pagamento pelo inadimplente, representam, na prática,

---

<sup>413</sup> Seja consentido transcrever a definição dada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, para o qual “spread bancário é simplesmente a diferença entre os juros que o banco cobra ao emprestar e a taxa que ele mesmo paga ao captar dinheiro. Nesse sentido, “o valor do spread varia de acordo com cada operação, dependendo dos riscos envolvidos e, normalmente, é mais alto para pessoas físicas do que para as empresas. O Brasil é famoso por ter um dos maiores spreads bancários do mundo.” BRASIL. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\_content&view=article&id=2051:catid=28&Itemid=23] Acesso em 11 out. 2017.

<sup>414</sup> Esclarece o economista José Jorge Meschiatti Nogueira que dados divulgados pelo Banco Mundial fizeram comprovar que o índice de inadimplência no Brasil é menor do que a média mundial, o que parece tornar falacioso o discurso do setor bancário brasileiro de que os juros são altos porque a inadimplência é elevada. Ao revés, sustenta o referido economista que as taxas de juros praticadas no Brasil são altas porquanto seu principal componente é o spread (lucro) bancário, uma vez que a competitividade no setor é praticamente nula. NOGUEIRA, José Jorge Meschiatti. *Tabela Price: mitos e paradigmas*. 3. ed. Campinas: Millenium Editora, 2013, p. 189-195.

<sup>415</sup> OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. Crédito, inadimplência e os desafios para a proteção dos consumidores nos contratos bancários. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.102, ano 24, p. 210.



abatimento no cálculo do imposto de renda da instituição financeira, o que faz tornar atrativo um certo nível de inadimplência, desde que não generalizado.

De todo modo, doutrina majoritária<sup>416</sup> acorda que ao consumidor endividado excessivamente em razão da cobrança de valores avultosos pelas instituições financeiras, à exemplo dos encargos remuneratórios e moratórios, resta-lhe o amparo da tutela judicial como solução para aliviar a carga penosa advinda dessas situações, trazendo de volta ao contrato a equidade e preservando sua dignidade. Outrossim, o próprio Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 51, inciso IV, a nulidade de cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”<sup>417</sup>

Nesse sentido, muito embora haja certa liberdade das instituições financeiras em praticar as taxas de juros que melhor lhes aprouver, cabe ao Judiciário intervir na economia contratual uma vez que tais encargos desvirtuem o equilíbrio contratual e tornem desiguais a prestação oferecida pelo financiador e a contraprestação que se está a exigir do consumidor.

Em que pese a existência de vozes em contrário<sup>418</sup>, o parâmetro corretivo largamente defendido a ser utilizado em casos tais parece ser ainda a chamada “taxa média de mercado”, o que em nosso sentir só faz enfraquecer a proteção do consumidor. Nesse segmento, até mesmo para os casos nos quais a informação sobre a taxa de juros sequer fez parte do conteúdo contratual, a mesma doutrina parece olvidar-se da sanção estabelecida pelo artigo 46 do CDC<sup>419</sup>, o que faz inviabilizar uma estipulação potestativa judicial ao sabor da prática de mercado.<sup>420</sup>

---

<sup>416</sup> Veja por todos: COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa fé. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela (coords.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 242-243.

<sup>417</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L8078.htm] Acesso em 12 out. 2017.

<sup>418</sup> BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Estado, mercado e defesa do consumidor: uma leitura da proteção constitucional ao consumidor superendividado à luz da intervenção do Estado na ordem econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, v. 96, nov./dez. 2014, p. 282-283.

<sup>419</sup> É a dicção do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor: “Os contratos que regulam as relações de consumo *não* obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento

Outras abusividades comumente perpetradas pelas instituições bancárias e que contribuem para o incremento das situações de endividamento excessivo são as cobranças de tarifas bancárias que inobservam determinados parâmetros pré-definidos tais como a existência de permissivo da cobrança em resolução do Banco Central do Brasil, ou a demonstração efetiva da realização do serviço.<sup>421 422</sup> Felizmente para a correção destas e de outras abusividades, a mais ampla doutrina vem admitindo a utilização do poderoso instrumento previsto no artigo 6º, inciso V, do CDC, apesar de seu exercício, na prática, vir assumindo contornos tortuosos, quando muito dificultado ou até mesmo obstado.

Polêmica maior, entretanto, gira em torno da possibilidade de enquadramento do superendividamento na segunda parte do dispositivo inserto no CDC e que permite a revisão judicial dos contratos de consumo. Nesse sentido, pode o superendividamento ser alegado como fato superveniente a dar causa à revisão dos contratos de mútuo bancário? A resposta nos parece positiva, e, portanto, vejamos o porquê:

---

prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. [Grifou-se] BRASIL. Op.Cit., loc. cit.

<sup>420</sup> Confira nesse sentido: [LIMA, Clarissa Costa de](#). O dever de informação nos contratos de crédito ao consumo em direito comparado francês e brasileiro: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 18, n.69. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2009, p. 22.

<sup>421</sup> Nesse sentido, Andressa Jarletti Gonçalves e Sólón Almeida Passos de Lara esclarecem que via de regra a cobrança de tarifas bancárias deve ser reconhecida como abusiva sempre que constatada qualquer uma das seguintes condições: “(i) inexistir previsão expressa para cobrança em Resolução do Banco Central do Brasil; (ii) a cobrança corresponder a custos inerentes à atividade bancária, que já são repassados ao consumidor por meio dos juros remuneratórios; (iii) a cobrança for realizada sem a demonstração efetiva da realização do serviço, ônus que incumbe à instituição financeira; e (iv) a cobrança decorrer de previsão contratual genérica, sem o devido esclarecimento ao consumidor.” LARA, Sólón Almeida Passos de; OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. *Parâmetros definem se cobrança de tarifas bancárias é abusiva*. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2016-nov-09/garantias-consumo-parametros-definem-cobranca-tarifas-bancarias-abusiva>] Acesso em 13 out. 2017. Em igual sentido: EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do CDC*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 324-325.

<sup>422</sup> Abusividade correntemente perpetrada pelas instituições financeiras é, nessa seara, a cobrança da chamada “tarifa de abertura de crédito/cadastro” (TAC), que em muitos casos chega até mesmo a ultrapassar o valor de R\$ 100. Informações divulgadas pelo Ministério da Fazenda demonstram, entretanto, que a consulta aos cadastros do SPC/Serasa tem custo baixo, não passando de R\$ 10 por CPF, sendo certo que os dados sobre os empréstimos contraídos pelos clientes são disponibilizados pelo Banco Central do Brasil às instituições financeiras. Por isso, taxas elevadas para averiguação desse cadastro não se justificam sob nenhuma hipótese. Disponível em: [<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/56773/noticia.htm?sequence=1>] Acesso em 14 out. 2017.

É sabido que grande parte da doutrina consumerista defende a adoção pelo Código de Defesa do Consumidor da teoria alemã da quebra da base objetiva do negócio jurídico,<sup>423</sup> tendo em vista ser esta a teoria revisionista mais bem elaborada e aquela que mais se distancia da discussão em torno do desejo das partes e da importância dada a esta manifestação de vontade.<sup>424</sup> Decerto, por não exigir o requisito da imprevisibilidade do fato como condição para a licitude da revisão contratual, deslocando suas atenções para a onerosidade da prestação em si, tal teoria torna-se bastante aberta e extremamente atrativa às mais variadas legislações modernas para a solução de conflitos relativos à revisão de cláusulas contratuais, principalmente nas relações de consumo.<sup>425</sup>

Ocorre que a referida teoria, que muito embora remonte ao início do século XX<sup>426</sup>, só foi mesmo aperfeiçoada nos moldes como conhecemos atualmente nos anos de 1950<sup>427</sup>, delimita notavelmente a natureza do fato jurídico capaz de gerar a excessiva onerosidade, de modo a vincular a revisão dos contratos somente a eventos extraordinários, de caráter excepcional e geral.

É nesse diapasão, por exemplo, que autores do porte de Sérgio Cavalieri Filho<sup>428</sup> defendem que só mesmo alterações conjunturais que criem obstáculos ao cumprimento do contrato, ou prejudiquem toda uma categoria de devedores, é que poderão dar azo à aplicação do disposto na segunda parte do inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Em que pese seja reconhecido o acerto técnico de tal opinião, que certamente vai de encontro ao constructo da base do negócio jurídico lapidado por Larenz, não se pode vincular a revisão dos contratos de consumo a eventos extraordinários, de caráter excepcional e geral. Isto porque o próprio CDC não parece fazer maiores exigências nesse sentido, bastando que o fato seja tão-somente superveniente e causador de

---

<sup>423</sup> DONINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 174-175.

<sup>424</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 106.

<sup>425</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 114.

<sup>426</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 128.

<sup>427</sup> Cf. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

<sup>428</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 123.

onerosidade excessiva. Portanto, ainda que o fato seja ordinário e previsível, cabe a revisão. Sustentar o contrário só faria afastar da revisão contratual eventos que trazem, à princípio, repercussão pessoal, tais como perda de emprego, doença,<sup>429</sup> e o próprio fenômeno do superendividamento amplamente considerado.

Outrossim, muito se questiona atualmente se as teorias de base realmente abrem mão do requisito da imprevisibilidade como a esmagadora parte da doutrina parece apregoar.<sup>430</sup> Isso porque o Código Civil alemão, diploma que sempre prezou pela adoção deste constructo, em reforma sofrida em 1º de janeiro de 2002, passou a exigir como requisito para a revisão contratual a imprevisibilidade do evento onerador, o que leva a conclusão de que as teorias de base não se aplicam aos casos em que as mudanças sejam previsíveis. Nesse sentir, o CDC jamais pode ter adotado uma teoria de base, porquanto em nenhum momento esta lei exige a imprevisibilidade do evento onerador para sua aplicação. Ao revés, teria o CDC adotado uma teoria inovadora, ainda mais desvinculada dos ideais voluntaristas, exigindo o mínimo de requisitos possíveis em ordem de salvaguardar a figura do consumidor em detrimento de uma ilusória segurança jurídica.<sup>431</sup>

Nesse raciocínio, ainda que de forma minoritária, sustenta-se que o fato jurídico de que se trata o artigo 6º, V, do CDC, tanto pode ser um fato de caráter geral, como também pode ser um fato de caráter pessoal. Por óbvio, o fato de caráter pessoal, que se encontra na álea ordinária, não pode ser doloso, o que afastaria a aplicação do instituto em questão. Nesse sentido, um consumidor superendividado ativo consciente<sup>432</sup> jamais poderia fazer jus à revisão de seus contratos bancários, porquanto contrai novos débitos com a intenção deliberada de não reembolsar seus credores em momento posterior.

Outro argumento que certamente pode ser muito útil no intento de defender a aplicação da revisão judicial aos contratos de crédito bancário em razão de fatos de repercussão meramente individual é o fato de que muitos contratos bancários largamente praticados na atualidade parecem eleger determinadas características pessoais de consumidores

---

<sup>429</sup> Idem, p. 125.

<sup>430</sup> MORAES, Renato José de. *Cláusula “rebus sic stantibus”*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 73.

<sup>431</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 165-169.

<sup>432</sup> Remeta-se o leitor a MARQUES, Maria Manuel Leitão (coord.). *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000, p.2.

como requisitos básicos para sua formação. É o caso do mútuo praticado em sua modalidade consignada, especialmente dirigido aos assalariados, aposentados e pensionistas, por força de determinação legal.<sup>433</sup> Ora, se ao fornecedor é cabível estabelecer critério baseado na condição pessoal do consumidor, com maior razão é que se poderá utilizar igualmente de condição pessoal deste para proporcionar a revisão desses mesmos contratos de crédito e promover-lhe uma reabilitação financeira a fim de garantir-lhe uma vida com dignidade.

Além disso, é muito comum que especialmente em contratos cativos de longa duração<sup>434</sup> ocorra uma série de reajustes periódicos dos valores cobrados aos consumidores para que se mantenha o equilíbrio econômico financeiro da relação. É o que costuma ocorrer, por exemplo, em contratos de plano de saúde<sup>435</sup>, de seguro,<sup>436</sup> de telefonia móvel ou fixa, ou de fornecimento de energia elétrica e água, nos quais a majoração da prestação objetiva ocorre justamente para não tornar o serviço prestado demasiadamente desproporcional ao fornecedor diante do pagamento realizado pelo consumidor. Ora, se tais reajustes são possibilitados a tais fornecedores, sendo certo que

---

<sup>433</sup> Nesse sentido é o artigo 1º, *caput*, da Lei 10.820/2003, cujo disposto afirma que “os empregados regidos pela [Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943](#), poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos.” Em igual acepção é a redação do §1º do artigo 45 da Lei 8.112/1990, que apregoa que “mediante autorização do *servidor* [público federal], poderá haver consignação em folha de pagamento em favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento”; e também do artigo 6º, *caput*, da referida Lei 10.820/2003, que estabelece que “os titulares de benefícios de *aposentadoria* e *pensão* do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º e autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS.” [Grifou-se] BRASIL. *Lei nº 10.820, de 17 de setembro de 2003*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2003/L10.820.htm] BRASIL. *Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L8112cons.htm] Acesso em 15 out. 2017.

<sup>434</sup> A expressão é atribuída a Cláudia Lima Marques, tendo sido formada pela aposição da expressão “larga duración”, cunhada por Ricardo Luis Lorenzetti, e da palavra “cativos”, notavelmente utilizada por Carlos Alberto Ghersi. XAVIER, José Tadeu Neves. *Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração*. Ajuris, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v.95, set. 2004, p. 137-159.

<sup>435</sup> Remeta-se o leitor a SCHIMITT, Cristiano Heineck. Reajustes em contratos de planos e seguros de assistência privada à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, out-dez. 2006.

<sup>436</sup> Entende o STJ, entretanto, que “a alteração no contrato de seguro consistente na majoração das prestações para o equilíbrio contratual é viável desde que efetuada de maneira gradual e com a prévia cientificação do segurado”. STJ, AgRg no AREsp 125.753/SP, 3ª. T., j. 06.08.2013, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 22.08.2013.

em muitos casos as aludidas correções são baseadas apenas em riscos<sup>437</sup>, por que não conferir direito ao consumidor em ver suas prestações reequilibradas tendo em vista fatos supervenientes concretos que afetem sua pessoa e tornem determinada contratação excessivamente penosa?

Por derradeiro, a doutrina estrangeira, notadamente representada por Michael Becker, parece reconhecer a possibilidade da revisão judicial dos contratos por endividamento excessivo do consumidor. Cláudia Lima Marques, nesse sentido, ao tratar do controle do conteúdo dos contratos, reproduz importante lição do referido autor, reconhecendo que o Poder Judiciário certamente pode rever contratos tomando por base, dentre outros critérios, o momento e o contexto circunstancial da conclusão do contrato, e ainda, a situação pessoal do parceiro contratual (situação financeira e de patrimônio).<sup>438</sup>

Dessa forma, defende-se que a teoria incorporada ao Código de Defesa do Consumidor de modo a permitir a revisão judicial dos contratos de consumo deva adequar-se ao ditame constitucional da proteção do mínimo existencial e aos próprios princípios norteadores do CDC, que presumem a vulnerabilidade do consumidor, e uma atuação pautada pela boa-fé objetiva, a exigir dos contratantes que cooperem entre si para que o contrato possa ser cumprido por ambos, ainda que, para tanto, tenha de ser submetido à revisão de suas cláusulas, visando a fazer cessar a excessiva onerosidade.

Na hipótese da revisão contratual, o enorme vácuo econômico, técnico e informacional existente entre as partes é realidade a justificar que o ônus econômico-temporal da contratação recaia sobre o fornecedor. Nas contratações de crédito, a extremada dificuldade do consumidor em cumprir sua prestação é elemento a fazer com que o fornecedor assumira o ônus de ceder em sua posição contratual, suportando um prazo de pagamento mais longo do que o previsto originalmente, ou tendo de ver seu pagamento suspenso temporariamente, ou ainda aceitando uma redução em sua remuneração,

---

<sup>437</sup> É o caso, por exemplo, dos reajustes dos contratos de plano de saúde em razão de mudança de faixa etária, tal como autoriza o artigo 15, *caput*, da Lei 9656/1998, complementado pela Resolução n. 06/98 do Conselho de Saúde Suplementar. Nesse sentido, presume-se que quanto mais idosa uma pessoa for, mais necessários e mais frequentes se tornarão os cuidados com sua saúde, o que justificaria um acréscimo da contraprestação pecuniária do usuário.

<sup>438</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.153.

exatamente para que a obrigação possa ser realizada de modo a trazer o menor número de prejuízos possíveis às partes envolvidas.<sup>439</sup>

É papel da doutrina consumerista, nesse sentido, velar pelo cumprimento e respeito ao Código de Defesa do Consumidor, e se empenhar em fazer eliminar uma série de óbices que parecem subsistir quanto à possibilidade da revisão dos contratos bancários em razão do superendividamento do consumidor. Como se verá, os desafios existentes na senda judicial são igualmente numerosos, o que nos faz evidenciá-los em ordem a combatê-los desde logo.

### 3. Dos entraves judiciais à revisão dos contratos de mútuo bancário por superendividamento do consumidor

É imperioso destacar, de início, que muito embora haja um número considerável de contribuições doutrinárias acerca da temática do superendividamento atualmente, estando tal número ainda distante do desejável, é fato notório que a jurisprudência brasileira apresenta muitas dificuldades em apreciar o assunto de forma eficaz, possibilitando um amparo integral do consumidor que busca o Judiciário para salvaguardar-se dos efeitos deletérios advindos de tais situações.

A incipiência no tocante ao tratamento do assunto é realidade que se faz sentir no âmbito dos mais diversos tribunais do país, desde o Superior Tribunal de Justiça, que contemporaneamente ocupa posição de destaque na uniformização da jurisprudência consumerista brasileira, até os Tribunais de Justiça estaduais e suas respectivas unidades judiciárias de primeiro grau. Nesse sentido, basta um levantamento de algumas das decisões emanadas de tais órgãos do Judiciário para perceber o acerto das constatações da desembargadora carioca Cristina Tereza Gaulia, para quem “a jurisprudência

---

<sup>439</sup> Nesse sentido, recorda Ricardo Canan que a *ratio* da recuperação judicial, conforme faz dispor o artigo 47 da Lei 11.101/2005, é a superação da crise econômico-financeira da pessoa jurídica. E, consoante o inciso I do artigo 50 do referido diploma, é possível conceder prazos e condições especiais de pagamento para obrigações vencidas e vincendas, objetivando tal finalidade. Defende o autor, portanto, que “se assim é possível em relação à pessoa jurídica, não se concebe conceber um motivo racional, a partir de uma interpretação constitucional que coloca as pessoas em primeiro lugar, um impedimento da análise da modificação das condições subjetivas do consumidor. Tanto assim é, que não se perquire, na recuperação judicial, acerca das razões do inadimplemento, ou da dificuldade de pagamentos, que podem decorrer de condições perfeitamente previsíveis eminentemente subjetivas da pessoa jurídica (má administração, inclusive dolosa, por exemplo). Se assim é possível para pessoas jurídicas, repete-se, muito mais justificável no caso de pessoas físicas, ameaçadas em seu mínimo existencial.” CANAN, Ricardo. Contrato de crédito consignado e sua revisão por onerosidade excessiva. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 95. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, set.-out. 2014, p.174, *in verbis*.

[brasileira] tem sido extremamente refratária no que tange às questões que envolvem o superendividamento”<sup>440</sup>.

Observa-se, pois, que muito dos grandes entraves criados à revisão dos contratos bancários por superendividamento do consumidor parecem ter origem no próprio Superior Tribunal de Justiça, que até hoje insiste em atrelar a problemática do endividamento excessivo exclusivamente a cobranças abusivas perpetradas por instituições financeiras capazes de colocar o consumidor de crédito em desvantagem exagerada, fazendo contrariar, assim, o disposto no §1º do artigo 51 do diploma consumerista.<sup>441 442</sup>

Com efeito, parcela do STJ ainda não reconhece que o superendividamento nem sempre se origina de cláusulas abusivas ou da cobrança de juros extorsivos, de modo que na grande maioria dos casos o consumidor não estará em desacordo com os valores cobrados, mas apenas não estará em condições de fazer frente aos débitos existentes na forma e tempo acordados originalmente sem que isso prejudique sua manutenção e de sua família.

Em igual sentido, os entendimentos oriundos dos tribunais estaduais fazem enfraquecer enormemente a proteção do consumidor superendividado. Não são poucas, nesse seguimento, as decisões judiciais que extinguem, sem apreciação do mérito, por uma

---

<sup>440</sup> GAULIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 61. São Paulo: jul.-set. 2009, p. 57.

<sup>441</sup> Dispõe o aludido dispositivo do Código de Defesa do Consumidor: “Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - *se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.* [Grifou-se] BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L8078.htm] Acesso em 19 out 2017.

<sup>442</sup> Outrossim, a proteção do STJ ante as cobranças abusivas perpetradas por instituições financeiras ainda é muito tímida para o combate do superendividamento que se funda na lesão do consumidor de crédito. Nesse sentido, o STJ admite a revisão dos juros remuneratórios de tais contratos apenas de maneira excepcional, desde que cabalmente demonstrada que a abusividade praticada foi capaz de colocar o consumidor em vantagem manifestamente exagerada. Os excertos dos seguintes julgados demonstram que tal ponto de vista é largamente adotado no âmbito do Tribunal da Cidadania: “(...) é admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada ante as peculiaridades do julgamento em concreto (...)”. [Grifou-se] REsp 1005427/RS, j. 25.09.2012, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 05.10.2012. “(...) A limitação dos juros remuneratórios ocorre apenas quando há demonstração cabal de abusividade em relação à taxa média de mercado ou quando não há comprovação da taxa pactuada, salvo nos casos de contratos regidos por legislação especial (...)” [Grifou-se] AgRg no REsp 73626/AC, j. 18.11.2014, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 09.12.2014.



suposta impossibilidade jurídica do pedido, as ações em que os consumidores de crédito bancário pleiteiam o parcelamento de suas dívidas, ou quando não julgam a improcedência do pedido por conta dos clássicos princípios *pacta sunt servanda* e autonomia da vontade.<sup>443 444</sup>

Além disso, a discussão que se trava na doutrina<sup>445</sup> acerca da possibilidade da revisão dos contratos de crédito em razão de situações em princípio individuais como a perda do emprego, se transpõe igualmente ao campo jurisprudencial de discussão. Não obstante a tendência incipiente verificada na doutrina em aceitar tais situações como motivo suficiente a ensejar uma intervenção do Judiciário para modificar o conteúdo dos contratos, ainda é frequente na jurisprudência dos tribunais estaduais decisões que negam tal possibilidade,<sup>446</sup> apoiando-se até mesmo na aplicação da teoria da imprevisão (*sic*) como forma de afastar a revisão dos contratos de mútuo bancário de situações que não correspondam a circunstâncias imprevisíveis e imprevistas, como parece exigir a aludida teoria.<sup>447</sup>

Não se pode olvidar, ainda, dos grandes mitos que permeiam a temática do superendividamento, e que se constituem em formulações que expressam a visão padronizada do jurista tradicional ao entrar em contato com casos tais. Nesse contexto,

---

<sup>443</sup> GAULIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 61. São Paulo: jul.-set. 2009, p. 57-59.

<sup>444</sup> Nesse sentido é o julgado da AC 200951030021250, de relatoria da Des. Fed. Nizete Lobato Carmo, da 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com publicação em 19 de agosto de 2014, cujo excerto de emenda seja consentido transcrever: “Saliente-se o princípio do *pacta sunt servanda*, como regra, em razão da natureza jurídica do contrato enquanto fonte obrigacional, devendo ser observados os seus preceitos quando celebrado de modo a atender aos pressupostos e requisitos necessários à sua validade”.

<sup>445</sup> Confira, nesse sentido: KHOURI, Paulo R. Roque. *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 44.

<sup>446</sup> TJSP, Apelação Cível 1043144-06.2015.8.26.0576, 24ª Câm. Especial Cível, j. 26.01.2017, rel. Des. Jonize Sacchi de Oliveira. Extraí-se do voto da relatora que: “A superveniência do desemprego não tem o condão, por si só, de caracterizar a onerosidade excessiva da qual trata o art. 6º, V, do CDC, porque se cuida de fato alheio ao contexto contratual. A prestação não se tornou objetivamente mais onerosa; em verdade, a autora é que foi afetada por condição pessoal que não teve relação alguma com a avença”.

<sup>447</sup> É o que demonstra o excerto da ementa do julgado da Apelação Cível nº 0000836-10.2014.4.02.5102 pela Turma Especial III – Administrativo e Cível – do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na data de 07 de junho de 2017: “Para cogitar a incidência da teoria da imprevisão é necessária superveniência de fato extraordinário e de caráter geral que torne a obrigação excessivamente onerosa e sacrificante ao devedor, importando um proveito muito alto para o credor. Desemprego, divórcio, separação de fato, entre outras circunstâncias adversas que interfiram na saúde financeira do devedor, não dão ensejo à revisão contratual com base na teoria da imprevisão, pois são fatos naturais da vida e, não, extraordinários, integrando o risco de qualquer contrato, especialmente financiamentos longos, como na hipótese dos autos.”

vale destacar as constatações da professora titular de Direito Civil da UFRJ Rosângela Lunardelli Cavallazzi, que identifica ao menos quatro mitos que parecem ser assumidos como senso comum teórico pela cultura jurídica, e dificultam sobremaneira o tratamento do endividamento excessivo dos consumidores.<sup>448</sup>

O primeiro grande mito a ser destacado é a errônea constatação de que os casos de superendividamento ativo<sup>449</sup> representam a esmagadora maioria dos casos de consumidores superendividados que chegam ao Judiciário brasileiro. Nesse sentido, inúmeros estudos e pesquisas realizadas até hoje só fizeram constatar que grande parte de tais consumidores se endividaram em demasia em virtude de alguma vicissitude da vida, como situações de desemprego, morte de algum parente, divórcio, doença na família, nascimento de filhos, entre outras causas.<sup>450</sup>

Na esteira desse raciocínio, outro mito que costuma cristalizar-se em senso comum teórico entre os juristas é a extrema importância exercida pela educação financeira como forma de prevenir, tratar e viabilizar o retorno do superendividado ao mercado de consumo. Ora, dúvidas não existem quanto à capacidade detida pela educação financeira dos consumidores como forma de combate ao superendividamento, mas não se pode atribuir-lhe papel mais importante do que a responsabilidade própria do fornecedor em prover o consumidor das informações necessárias a uma contratação responsável. Outrossim, num cenário em que a grande maioria dos consumidores superendividam-se em razão de “acidentes da vida”, não se pode atribuir à falta de educação financeira a responsabilidade primeira pela incidência de tais situações.<sup>451</sup>

---

<sup>448</sup> Confira, nesse sentido: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Confiança no futuro: desconstruindo quatro mitos no tratamento do superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100, ano 24. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2015.

<sup>449</sup> Remeta-se o leitor, uma vez mais, a MARQUES, Maria Manuel Leitão (coord.). *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000, p.2

<sup>450</sup> À título exemplificativo, trabalho coordenado por Cláudia Lima Marques em parceria com o Judiciário gaúcho constatou que cerca de 70% dos consumidores superendividados daquele estado são superendividados passivos, e não superendividados ativos, o que desmistifica definitivamente o referido senso comum teórico que parece preponderar na seara jurídica brasileira. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela (coords.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p.247.

<sup>451</sup> DE LIMA, Clarissa Costa. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37, *in verbis*: “Além disso, não podemos desconsiderar que os “acidentes da vida” desafiam os mecanismos de prevenção porque são situações em que a informação e o aconselhamento não conseguem impedir situações de superendividamento. É o caso de milhares de consumidores que podem ter recebido todas as informações no momento da contratação, mas encontram dificuldades em cumprir suas obrigações contratuais porque são surpreendidos com o desemprego, doença, entre outros eventos imprevistos que abalam seu orçamento. A ruptura repentina de renda desequilibra o orçamento doméstico e o consumidor vê-se obrigado a priorizar o pagamento das

A igualdade entre litigantes habituais e eventuais é, ainda, outro mito recorrente no Judiciário brasileiro. Por esta errônea constatação, em conflitos de massa sobre crédito, consumidores e fornecedores estariam supostamente em pé de igualdade, o que faria cair por terra a distinção estabelecida por Marc Galanter<sup>452</sup>, e tão bem aperfeiçoada por Cappelletti e Garth<sup>453</sup>, que identifica dentre os litigantes habituais determinadas vantagens estratégicas não detidas pelos litigantes eventuais, como, por exemplo, melhores recursos financeiros, e apurada aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou defesa reconhecida.

Em que pese parecer tratar-se de caso isolado, tal mito consolida-se cada vez mais sob a forma de senso comum teórico na percepção de parte dos magistrados brasileiros, e prejudica sobremaneira o tratamento do superendividamento dos consumidores, eis que tende a desconsiderar o natural descompasso existente entre fornecedores, que detêm o conhecimento e as informações necessárias e precisas relativas a todo o processo e aos procedimentos para litigar em juízo, e litigantes eventuais, consumidores individuais ou coletivos, que por desconhecerem os procedimentos técnicos e os mecanismos burocráticos, terão mais dificuldade para se habilitarem na defesa dos seus direitos, o que os coloca em evidente condição de vulnerabilidade, especialmente nos conflitos de massa relativos ao crédito ao consumo.

O mito da pseudoigualdade entre litigantes habituais e eventuais pode ser, inclusive, notavelmente observado entre os consumidores ditos “hipervulneráveis”, denominação originariamente atribuída a Antônio Herman Benjamin para designar o agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora em virtude de circunstâncias pessoais e econômicas aparentes ou conhecidas do fornecedor, tais como sua idade reduzida, avançada ou sua situação de doente.<sup>454</sup> A necessidade de tal diferenciação entre categorias de consumidores é uma decorrência direta da própria fragilidade da condição humana diante de determinadas especificidades que fazem reclamar uma maior proteção

---

despesas necessárias para sua sobrevivência (água, luz), tendo que suspender o pagamento de outros credores.”

<sup>452</sup> Cf. GALANTER, Marc. *Afterword: explaining litigation*. In: *Law and society review*, New York, v. 9, p. 222, 1975.

<sup>453</sup> CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 7.

<sup>454</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 360.

no tocante ao processo de formação da vontade a fim de evitar sua exposição às práticas massificadas, e eventualmente abusivas, especialmente do mercado de crédito ao consumo.<sup>455</sup>

Por derradeiro, outro mito que vem sendo assimilado pelo senso comum teórico no Brasil é a suposição de que o mínimo existencial do consumidor estaria garantido com a preservação de 70% de seus rendimentos<sup>456</sup> e que as retenções para pagamento de parcelas do crédito consignado seriam compatíveis com o princípio da impenhorabilidade salarial.<sup>457</sup>

No que tange ao mínimo existencial, é certo que sua preservação é uma obrigação imposta pelo próprio Constituinte, que consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (artigo 1º, III), e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, enquanto objetivos fundamentais desta (artigo 3º, I e III, respectivamente).<sup>458</sup>

Entende-se, contudo, que diante da universalidade de consumidores que recorrem ao Judiciário para verem revistos seus contratos de crédito, muitos deles com peculiaridades condições de vida, resta inviabilizada a possibilidade de fixação apriorística de percentual a ser identificado como representativo da preservação do mínimo existencial. Ao invés disso, mister que a ponderação sobre o montante da

---

<sup>455</sup> Nesse sentido, Clémence Lacour, ao analisar a condição humana da pessoa idosa, reconhece que “a psicologia da pessoa idosa vulnerável se caracteriza frequentemente por uma certa sugestionabilidade que a faz vítima de escolhas para os escroques”, fazendo necessária a intervenção do Estado-juiz para corrigir tais abusividades que muitas vezes também se perpetuam no ordenamento jurídico pátrio. LACOUR, Clémence. *Vieillesse et vulnérabilité*. Paris: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2007, p. 42, *in verbis*. Confirma também: BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Crédito consignado ao idoso e “diálogo das fontes”: consequência da coordenação das normas do direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 88. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2013. p. 90.

<sup>456</sup> A lei 13.172, de 21 de outubro de 2015, fez alterar dispositivos na Lei 10.820/2003, bem como na Lei 8.213/1991 e na Lei 8.112/1990, de modo que atualmente tais descontos podem alcançar o patamar dos 35% da remuneração disponível, sendo 5% destinados exclusivamente para a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito, ou a utilização com a finalidade de saque por meio de cartão de crédito. BRASIL. *Lei nº 13.172, de 21 de outubro de 2015*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13172.htm#art1] Acesso em 25 out. 2017.

<sup>457</sup> Cf. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho da. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 76, São Paulo: Ed. RT, out./dez., 2010, p. 106.

<sup>458</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm] Acesso em 25 out. 2017.

parcela dos rendimentos do consumidor a assegurar a sua dignidade e de sua família seja ato pedagógico a ser levado a efeito pelo magistrado ou conciliador, juntamente com o devedor e seus credores, uma vez identificada a existência de despesas essenciais, bem como a fração a ser destinada a estas.<sup>459</sup>

No que concerne ao senso comum teórico acerca da compatibilidade entre o crédito consignado e o princípio da intangibilidade do salário, uma rápida análise das principais características desta modalidade de mútuo bancário<sup>460</sup> é capaz de evidenciar sua tamanha impropriedade, assim como sua afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e a décadas de avanço na construção do reconhecimento dos direitos do trabalhador. Com efeito, o crédito consignado ceifa a liberdade do trabalhador, aposentado ou pensionista em dispor de seus próprios ganhos, e decidir com sua família seus projetos de vida e de existência, e eventualmente optar por priorizar determinados débitos em detrimento de outros, o que contraria a própria lógica da dogmática jurídica, constituindo-se em patente retrocesso no campo jurídico.<sup>461</sup>

Afora tais sentidos comuns teóricos largamente disseminados na cultura jurídica, sabe-se que a revisão judicial dos contratos de crédito bancário por superendividamento do consumidor, dentre estes especialmente os contratos de mútuo, costumam adotar uma perspectiva eminentemente individual, que no mais das vezes impede um tratamento global dos efeitos causados pelo endividamento excessivo para além do equilíbrio econômico do contrato.<sup>462</sup> Com efeito, as ações revisionais não objetivam reabilitar financeiramente o consumidor superendividado, mas antes restaurar o equilíbrio econômico do contrato em exame, de modo que não é uma preocupação comum por parte dos magistrados que julgam tais demandas avaliar o passivo do devedor ou o restante das dívidas assumidas, o que constitui verdadeiro empecilho para a proteção da pessoa humana que deve estar na retaguarda de todo e qualquer mecanismo que se preste a promover o tratamento das situações de superendividamento do consumidor.

---

<sup>459</sup> BERTONCELLO, Karen Rick Danielevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos*. São Paulo: Ed. RT, 1ª ed., 2015, p. 123-124.

<sup>460</sup> Vide nota 277.

<sup>461</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Confiança no futuro: desconstruindo quatro mitos no tratamento do superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100, ano 24. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2015, p. 433.

<sup>462</sup> DE LIMA, Clarissa Costa. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 134-135.

Nesse sentido, dispõe o Relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física<sup>463</sup> que um adequado regime para a mitigação da insolvência de pessoas físicas deve pautar-se por um equilíbrio entre os interesses concorrentes de consumidores e fornecedores de crédito, sendo certo que o objetivo de reembolsar os credores individuais e alcançar uma justa distribuição de pagamento entre os mesmos não deve suplantar a proteção e o auxílio devido ao consumidor superendividado e sua família no sentido de aliviar os problemas financeiros e sociais decorrentes do excesso de dívidas.

Imbuído a isto é que a jurisprudência de alguns tribunais brasileiros parece adotar uma abordagem coletiva nas demandas que envolvem situações de endividamento excessivo, passando a admitir o litisconsórcio passivo entre as várias instituições financeiras que efetuam descontos consignados na folha de pagamento do consumidor superendividado, permitindo ao magistrado avaliar globalmente o montante dos débitos e averiguar a melhor maneira de possibilitar que o devedor os salde, contanto que não prejudique a sua subsistência e de sua família.<sup>464</sup>

Tal entendimento é, sem dúvidas, um avanço no tratamento das situações de endividamento excessivo pelo Judiciário, que até então limitava-se a uma análise individual das demandas que pleiteavam a revisão dos contratos de crédito bancário. Pontua-se, contudo, que salvo poucas exceções, as ações revisionais não são instrumentos adequados a promover o tratamento dessas situações, sendo certo que procedimentos pautados pelo ajustamento das dívidas de consumo entre credores e devedores nos parece alternativa muito mais viável a tal finalidade. Nesse sentido,

---

<sup>463</sup> Cf. SOARES, Adryllis Alves. Conclusões do relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física – resumo e conclusões finais. *Revista de Direito do Consumidor*, n.89. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, set.- out. 2013, p. 437.

<sup>464</sup> “Agravo de instrumento. Direito do consumidor. Empréstimo consignado/desconto em folha. Limitação do litisconsórcio passivo. 1) Reforma da decisão agravada que, com fundamento no art. 46, parágrafo único, do CPC, determinou a exclusão de sujeitos do polo passivo da lide. 2) Demanda que tem por objetivo limitar o percentual de desconto que cada instituição financeira efetua sobre os vencimentos do agravante, a fim de que o somatório destes não exceda o percentual de 30% de sua remuneração. 3) Hipótese em que as litisconsortes, de forma isolada, não efetuam descontos em percentual que o agravante reputa ser ilegal, pelo que o interesse de agir está ligado justamente à soma dos descontos efetuados por cada uma delas. 4) Ademais, o desmembramento da ação poderá implicar em prolatação de decisões conflitantes ou mesmo ineficazes, pois, ainda que se venha a entender pela procedência do pleito autoral, será inviável a limitação, em demandas distintas, do percentual que cada instituição financeira poderá debitar, a fim de que tais descontos, em conjunto, não ultrapassem 30% dos vencimentos do recorrente. 5) Recurso ao qual se dá provimento, na forma do art. 557 do CPC.” AgIn 0062392-54.2013.8.19.0000, 18ª Câmara Cível, j. 05.11.2012, rel. Heleno Ribeiro Pereira Nunes.

mister destacar pequeno excerto do discurso proferido pelo desembargador Waldir Leôncio, por ocasião da abertura oficial do Programa de Prevenção e Tratamento aos Consumidores Superendividados no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: “As ações revisionais têm proliferado indiscriminadamente. Têm desaguado em todos os tribunais e em todas as instâncias enxurradas de ações revisionais frívolas, isto é, manifestamente improcedentes. A má-utilização das ações revisionais resulta que o devedor endividado sai do processo, em grande proporção, mais endividado que antes. Em resumo: a propositura das ações revisionais é um meio que só deve ser utilizado em último caso, ao contrário da prática adotada, cujo resultado tem sido deveras frustrante e até ultrajante. Ouso dizer, sem receio de errar: a renegociação de dívidas substitui com vantagem – para credores e devedores – as ações revisionais.”<sup>465</sup>

Outrossim, como se verá, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), ao recepcionar previsão constante do artigo 285-B do Código de Processo Civil de 1973, passou a dificultar sobremaneira, quiçá tornar inviável, o ajuizamento de ações revisionais por consumidores superendividados.

#### 4. O Novo Código de Processo Civil e a revisão dos contratos bancários

Importante previsão inserida no antigo artigo 285-B do CPC/73<sup>466</sup> em virtude da Lei 12.810/2013, e incorporada nos §§2º e 3º do artigo 330 do atual Código de Processo Civil<sup>467</sup>, é exigência legislativa que promoveu significativas alterações na seara das ações revisionais envolvendo contratos de empréstimo, financiamento e arrendamento

---

<sup>465</sup> LEONCIO, Waldir. Discurso de abertura do programa “Superendividados” no TJDF. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 98, São Paulo: Ed. RT, mar./abr., 2015, p.287-293.

<sup>466</sup> Artigo 285-B. “Nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimos, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso. §1º. O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados. §2º. O devedor ou arrendatário não se exime da obrigação de pagamento dos tributos, multas e taxas incidentes sobre os bens vinculados e de outros encargos previstos em contrato, exceto se a obrigação de pagar não for de sua responsabilidade, conforme contrato, ou for objeto de suspensão em medida liminar, em medida cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela”. BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L5869.htm] Acesso em 27 out. 2017.

<sup>467</sup> Artigo 330. “§2º. Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito. §3º. Na hipótese do §2º, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados.” BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm] Acesso em 27 out. 2017.

mercantil, razão pela qual se faz indispensável realizar uma análise mais detida do dispositivo em comento.

Pelo texto atualmente em vigor, o devedor que pretender promover o ajuizamento de uma revisional de um contrato deverá indicar ainda na exordial o montante exato que reconhece devido, e discriminar o valor controvertido. O ajuizamento da ação, por seu turno, não interfere nos efeitos da mora quanto ao incontroverso, uma vez que o demandante deverá seguir pagando, no mesmo tempo e modo contratados, o valor em favor do credor durante seu trâmite.<sup>468</sup>

Nesse sentido, muitos argumentam que a nova disposição atende por excelência a necessidade de conter o fenômeno das demandas massificadas envolvendo ações revisionais que resultavam em decisões ilíquidas e genéricas, e que impunha a necessidade da instauração de incidentes processuais com vistas à liquidação do julgado, imprimindo, portanto, “clareza e objetividade às ações envolvendo, por exemplo, a revisão dos contratos bancários”<sup>469</sup>. Outros, ao revés, sustentam que o dispositivo pode comprometer em demasia o acesso à justiça de muitos consumidores, uma vez que nem todos dispõem de conhecimento suficiente para apontar o exato valor devido, de modo que em muitos casos um profissional das Ciências Contábeis pode ser necessário para apontar o valor aproximado devido, o que se mostra inacessível para boa parte da população.<sup>470</sup>

---

<sup>468</sup> É nesse sentido a dicção do verbete 380 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que “a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor”. BRASIL. *Súmulas do STJ*. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=382&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true] Acesso em 27 out. 2017.

<sup>469</sup> Remeta-se o leitor ao voto do relator da Apelação Cível 70071837603 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 22 de fevereiro de 2017. Cf. [SCHMIDT NETO, André Perin. TJRS – AP 70071837603 – Comentário de Jurisprudência. Revista de Direito do Consumidor](#), vol. 111. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, maio-jun. 2017, p. 471.

<sup>470</sup> NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 903-904, *in verbis*: “Estas hipóteses foram acrescidas ao CPC/1973 em seus últimos momentos, por meio da Lei 12.810, de 15.5.2013 (DOU 16.5.2013). E a manutenção destes parágrafos no atual CPC mantém o elemento complicador acrescido por aquela norma, no sentido de que o consumidor está obrigado a discriminar exatamente o que é e o que não é controvertido sob pena de inépcia da petição inicial. Não se tem notícia de outro mecanismo tão simplificador da demanda em qualquer outro tipo de relação jurídica, em favor do fornecedor, e que, por sua vez, desconsidera a existência de outros fatores que possam incidir sobre o pagamento das parcelas incontroversas, como, por exemplo, o desconto indevido em conta corrente. O dispositivo soa como um facilitador da prospecção, por parte das grandes empresas, do montante das possíveis condenações, criando mais uma complicação para o acesso à justiça da parte mais fraca da relação, o consumidor”.



Por certo, ainda que alguns tribunais venham reconhecendo o acerto da segunda opinião, admitindo a rigidez de tal regra e adotando uma interpretação mais casuísta e flexível de modo a não permitir que o consumidor tenha seu acesso à justiça tolhido,<sup>471</sup> o posicionamento dominante ainda se pauta na literalidade da regra do CPC, exigindo, portanto, a discriminação e a quantificação do valor incontroverso para o ajuizamento da ação revisional das obrigações decorrentes daqueles tipos de contratos mencionados, sendo certo que sua ausência resulta quase sempre no reconhecimento da inépcia da exordial.<sup>472</sup>

A situação tende a agravar-se face aos consumidores superendividados, que frequentemente apresentam grande número de fornecedores de crédito, dificultando ainda mais a quantificação do valor incontroverso. Outrossim, a não cessação dos efeitos da mora em casos tais acaba por agravar sobremaneira a condição de miserabilidade característica das situações de superendividamento, impedindo uma pronta reabilitação de sua saúde financeira.

---

<sup>471</sup> “Apelação cível. Revisional de contratos bancários. Demanda revisional de diversos contratos bancários. Pressupostos do artigo 285-B do CPC. Obrigações contratuais que se pretende controverter não apontadas especificamente para cada pacto. Impossibilidade. Necessidade de exibição por parte da instituição financeira. Ainda, inviabilidade de quantificar o valor tido por incontroverso. Interpretação sistemática que se impõe. Exigência condicionada ao tipo de contrato e a pretensão da parte, sob pena de ferir o acesso à justiça. pactos bancários que, por sua natureza, inviabilizam constatar o valor incontroverso. Óbice que não pode ser considerado para tornar inepta a inicial. Decisão modificada. Considerando os inúmeros tipos de contratos bancários existentes em nossa economia, nem sempre as situações expostas possibilitam à parte postulante dizer o que entende devido, ou até, por muitas vezes, não é sua intenção buscar esta dialética, razão pela qual resta inviável a interpretação literal do artigo 285-B da Lei Processual, sob pena de ferir o acesso a justiça, mostrando necessária sua interpretação sistemática. Neste senda, constata-se que a imposição de quantificar o valor incontroverso comporta três situações distintas, as quais devem ser consideradas quando do juízo de admissibilidade da petição inicial, quais sejam: i) quando é cabível apontar o valor tido por incontroverso, sua discriminação é imprescindível; ii) quando não é possível dizer o valor incontroverso, em razão da natureza do contrato, o pressuposto é mitigado; iii) quando, independentemente da possibilidade de apontar o valor tido por incontroverso e a parte sequer busca afastar a mora, também afasta-se a exigência. No caso concreto, a natureza dos pactos firmados entre as partes (cheque especial, descontos de títulos e concessão de créditos) impede quantificar o valor incontroverso, amoldando-se a segunda hipótese narrada. Logo, considerando tal fato aliado a narrativa das obrigações controvertidas, deve ser considerado satisfeito o contido no artigo 285-B da Lei Processual, para possibilitar a continuidade da demanda. Recurso conhecido e provido.” TJSC, Apelação Cível n. 2014.051392-6, Tubarão, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 02.10.2014.

<sup>472</sup> “Apelação cível. Decisão monocrática. Ação revisional de contrato. Petição inicial inepta. Sentença confirmada. De acordo com o art. 330, 2º, do código de processo civil, o autor deve especificar na sua petição inicial todas as obrigações contratuais que considera abusivas, bem como declinar o valor da dívida que entende incontroverso, sob pena de indeferimento da inicial. Precedentes jurisprudenciais. Negado provimento ao apelo.” Apelação cível nº 70072582448, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, julgado em 24.02.2017.

Diante desse cenário, e considerando que atualmente são as ações revisionais o principal meio de restabelecer a situação financeira da pessoa superendividada, mister que os magistrados em seu papel de promotores de direitos fundamentais adotem posturas mais ativas no sentido da flexibilização da referida norma e na consequente viabilização do acesso à justiça pelo consumidor. Destaca-se, nesse sentido, que o próprio Código de Processo Civil disciplinou logo em seu artigo primeiro a necessidade de sua interpretação conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República,<sup>473</sup> o que, por óbvio, faz incluir a proteção contratual do consumidor expressa no Código de Defesa do Consumidor e a premissa do *favor debilis*, que legitima a intervenção judicial para dispensar certos requisitos legislativos que obstaculizam enormemente o acesso à justiça dos mais vulneráveis. Com efeito, é necessário mitigar a regra quando esta se contrapõe à única forma de atingir o justo, o fim último do Direito.

Todavia, como o Judiciário brasileiro nem sempre se mostra disposto ao resguardo dos direitos fundamentais, especialmente quando tal tutela se dá na seara do controle do conteúdo dos contratos e na proteção do consumidor superendividado, e tirante a ampla gama de empecilhos aqui aventados, sustenta-se que as ações revisionais não representam alternativa viável, salvo raras exceções, a promover o tratamento do superendividamento, e a preservar, portanto, a dignidade do consumidor e de sua família. Ao invés disso, fundamental que o ordenamento jurídico pátrio incorpore um sistema formal de falência que privilegie uma abordagem coletiva em detrimento de soluções individualizadas e pontuais que na prática vêm se mostrando pouco eficazes. Nesse sentir, imperioso passar em revista no procedimento adotado pelo atual Projeto de Lei 3.515/2015<sup>474</sup> para promover o tratamento de tais situações.

##### 5. A revisão contratual na ótica do Projeto de Lei 3.515/2015

---

<sup>473</sup> Cf. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm] Acesso em 27 out. 2017.

<sup>474</sup> O referido Projeto de Lei a tramitar na Câmara dos Deputados, originado do PLS 283/2012, fruto do trabalho de uma Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal, e que incluiu grandes nomes do Direito do Consumidor brasileiro, tais como Antônio Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Leonardo Roscoe Bessa e Roberto Pfeiff, pretende aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento no bojo do Código de Defesa do Consumidor.

De início, pontua-se que muito embora o procedimento de tratamento para o superendividamento sugerido pelo Projeto de Lei 3.515/2015 tenha caráter eminentemente conciliatório, tendo sido inspirado no modelo administrativo francês, que aposta em um primeiro momento numa amigável tentativa de acordo entre o devedor superendividado e seus credores,<sup>475</sup> a revisão judicial dos contratos é também ferramenta posta à disposição do consumidor no intento de livrar-lhe das danosas consequências advindas do endividamento excessivo.

Com efeito, o instituto jurídico da revisão judicial dos contratos pode ser instrumento deveras eficaz quando corretamente utilizado neste propósito, o que definitivamente não ocorre quando utilizado sob a forma de ações revisionais, tendo tal fato despertado principalmente as atenções da Comissão de Juristas incumbida de elaborar tão importante projeto legislativo, que parece ter previsto a revisão dos contratos de crédito em ao menos três passagens ao longo de seu texto.<sup>476</sup>

Em suma, o referido Projeto de Lei disponibiliza a instauração de processo de repactuação de dívidas para o consumidor superendividado pessoa natural, iniciando-se com uma audiência conciliatória que deverá contar com a presença de todos os credores e na qual o consumidor apresentará um plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos, que preserve seu mínimo existencial, mas também as garantias e formas de pagamento originalmente pactuadas.

Em caso de não comparecimento injustificado do credor, suspende-se a exigibilidade do débito e interrompe-se a mora. Na hipótese de conciliação, o magistrado ou o conciliador credenciado no juízo fará constar da sentença homologatória o plano de pagamento, incluindo referências à suspensão ou extinção de outras ações judiciais em curso, bem como a data a partir do qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados ou cadastros de inadimplentes e o condicionamento de seus efeitos à abstenção de determinados comportamentos pelo consumidor. O consumidor não

---

<sup>475</sup> DE LIMA, Clarissa Costa. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.91-92.

<sup>476</sup> Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.515/2015*. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490] Acesso em 29 out. 2017.

poderá formular pedido semelhante pelo prazo de dois anos, contados da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento, sem prejuízo de eventual repactuação.

“O acordo firmado nestes moldes trará vantagens para ambas as partes, uma vez que constituirá título executivo judicial e o fornecedor não precisará, portanto, em caso de descumprimento, instaurar processo autônomo de cobrança e o consumidor de boa-fé poderá, desde logo, ver seu nome excluído dos cadastros de maus pagadores.”<sup>477</sup>

Na eventualidade de não ser atingida a conciliação, quando, então, poderá ser instaurado o processo de superendividamento, o juiz poderá neste momento rever e repactuar tais contratos através de um plano judicial compulsório, com pagamento no prazo máximo de cinco anos, garantindo-se aos credores, no mínimo, o valor do principal corrigido monetariamente. Observa-se que o legislador opta em dispor da revisão judicial de tais contratos de crédito subsidiariamente à fase conciliatória, que deverá ser estimulada de forma prioritária e com o maior número de credores possível.

Outrossim, a revisão judicial dos contratos é igualmente prevista em dispositivo que dispõe acerca da limitação dos descontos sobre a folha de pagamento do consumidor, que jamais poderá exceder a 30% de sua remuneração mensal líquida.<sup>478</sup> O descumprimento de tal disposição dará ensejo a revisão do contrato ou a sua renegociação, hipótese em que o juiz poderá adotar, entre outras, de forma cumulada ou alternada, medidas tais como a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, redução dos encargos da dívida e da remuneração do fornecedor, bem como a constituição, consolidação ou substituição de garantias.

Desse modo, nota-se que o legislador parece não ter abandonado de vez a revisão dos contratos enquanto mecanismo de combate ao superendividamento do consumidor, especialmente quando uma intervenção mais incisiva no conteúdo dos contratos se faz necessária. Entretanto, dúvidas não existem quanto à maior aptidão exercida pela repactuação das dívidas neste intento, sendo certo que até mesmo os órgãos públicos

---

<sup>477</sup> 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 de Direito do Consumidor*, vol. 101. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, set.-out. 2015, p. 405, *in verbis*.

<sup>478</sup> Vide nota 48.

integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor deterão legitimidade concorrente para promoverem audiências conciliatórias entre devedores e credores, facilitando a elaboração de um plano de pagamento, sempre preservando o mínimo existencial, sem prejuízo de atividades adicionais de reeducação financeira.

O Projeto de Lei 3.515/2015 é, portanto, importante proposta de aprimoramento do CDC em matéria de tratamento, e também de prevenção, do fenômeno social e jurídico do endividamento excessivo que vem atingindo em cheio consumidores brasileiros, e que tende a alastrar-se, haja vista a desfavorável conjuntura econômica e a ausência de regulamentação específica a respeito do tema. Indispensável, pois, que a sociedade brasileira, mormente a classe política, se mobilize em favor de sua aprovação, reconhecendo de uma vez por todas a magnitude do problema, que antes de tratar-se de questão individual de consumo, é infortúnio que acomete a sociedade como um todo.

## 6. Referências Bibliográficas

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosa de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Crédito consignado ao idoso e “diálogo das fontes”: consequência da coordenação das normas do direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 88. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2013.

\_\_\_\_\_. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos*. São Paulo: Ed. RT, 1ª ed., 2015.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L8078.htm] Acesso em 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm] Acesso em 25 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\_content&view=article&id=2051:catid=28&Itemid=23] Acesso em 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L5869.htm] Acesso em 27 out. 2017

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.820, de 17 de setembro de 2003*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2003/L10.820.htm] BRASIL. *Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L8112cons.htm] Acesso em 15 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm] Acesso em 27 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.172, de 21 de outubro de 2015*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13172.htm#art1] Acesso em 25 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Súmulas do STJ*. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=382&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true] Acesso em 27 out. 2017.

BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Estado, mercado e defesa do consumidor: uma leitura da proteção constitucional ao consumidor superendividado à luz da intervenção do Estado na ordem econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, v. 96, nov./dez. 2014.

Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.515/2015*. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490] Acesso em 29 out. 2017.

CANAN, Ricardo. Contrato de crédito consignado e sua revisão por onerosidade excessiva. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 95. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, set.-out. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARPENA, Heloisa. *Contornos atuais do superendividamento*. In: Temas de Direito do Consumidor. Coordenador: MARTINS, Guilherme Magalhães. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Confiança no futuro: desconstruindo quatro mitos no tratamento do superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100, ano 24. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2015.

\_\_\_\_\_; LIMA, Clarissa Costa de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho da. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 76, São Paulo: Ed. RT, out./dez., 2010.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa fé. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela (coords.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

DE LIMA, Clarissa Costa. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DONINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do CDC*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcott. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população – Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, set.-out. 2015.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro. Forense, 1958.

GALANTER, Marc. *Afterword: explaining litigation*. In: *Law and society review*, New York, v. 9, 1975.

GAULIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 61. São Paulo: jul.-set. 2009.

KHOURI, Paulo R. Roque. *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006.

KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

LACOUR, Clémence. *Vieillesse et vulnérabilité*. Paris: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2007.

LARA, Sólton Almeida Passos de; OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. *Parâmetros definem se cobrança de tarifas bancárias é abusiva*. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2016-nov-09/garantias-consumo-parametros-definem-cobranca-tarifas-bancarias-abusiva>] Acesso em 13 out. 2017.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LEONCIO, Waldir. Discurso de abertura do programa “Superendividados” no TJDFT. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 98, São Paulo: Ed. RT, mar./abr., 2015.

LIMA, Clarissa Costa de. *Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e proteção do consumidor contra o superendividamento*. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2006.

\_\_\_\_\_. O dever de informação nos contratos de crédito ao consumo em direito comparado francês e brasileiro: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 18, n.69. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2009.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Maria Manuel Leitão (coord.). *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000.

MORAES, Renato José de. *Cláusula “rebus sic stantibus”*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERI, Marcelo Cortes (coord). *A nova classe média: o lado brilhante dos pobres*. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, José Jorge Meschiatti. *Tabela Price: mitos e paradigmas*. 3. ed. Campinas: Millenium Editora, 2013.

OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela (coords.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. Crédito, inadimplência e os desafios para a proteção dos consumidores nos contratos bancários. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.102, ano 24.

OLIVEIRA, Anísio José de. *A teoria da imprevisão nos contratos*. São Paulo: Leud, 1991.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

SCHIMITT, Cristiano Heineck. Reajustes em contratos de planos e seguros de assistência privada à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, out-dez. 2006.

[SCHMIDT NETO, André Perin. TJRS – AP 70071837603](#) – Comentário de Jurisprudência. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 111. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, maio-jun. 2017.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOARES, Adryllis Alves. Conclusões do relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física – resumo e conclusões



finais. *Revista de Direito do Consumidor*, n.89. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, set.- out. 2013.

XAVIER, José Tadeu Neves. *Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração*. Ajuris, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v.95, set. 2004.

## UM LUGAR RESERVADO A CÉU ABERTO

Allen dos Santos Pinto da Silva Filho<sup>479</sup>

Diogo de Sousa Oliveira<sup>480</sup>

**RESUMO:** O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro se posicionou favorável ao combate a poluição na Baía da Guanabara. O Superior Tribunal de Justiça liberou o despejo do esgoto. Este conflito de jurisprudencial causa prejuízo ao consumidor de forma direta e indireta.

**PALAVRAS-CHAVES:** Tarifa de esgoto. Cobrança. Jurisprudência. Repercussão Geral. Processo Civil.

**ABSTRACT:** The Court of Justice of the State of Rio Janeiro was in favor of fighting pollution in Guanabara Bay. The Superior Court of Justice released the sewage. This conflict of jurisprudence directly and indirectly causes harm to the consumer.

**KEYWORDS:** Sewage tariff. Collection. Jurisprudence. General Repercussion. Civil lawsuit.

## INTRODUÇÃO

O texto constitucional prevê que o meio ambiente deve ser protegido e elenca os legitimados a proteger e a protegê-lo.

Ocorre que em função de uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, com fulcro na uniformização da jurisprudência, a norma constitucional foi desconsiderada.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça se manteve firme no seu posicionamento ao combate da poluição da Baía da Guanabara e desconsiderou o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em uma cidade repleta de belas distrações—natureza, pessoas, música—muitas vezes é fácil esquecer o que está acontecendo embaixo dos nossos pés.

No entanto, oficialmente para mais de um quarto da população do Rio de

---

<sup>479</sup> Aluno do Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes. Assessor de Órgão Julgador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: allen.silva@gmail.com. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3795533161389506>

<sup>480</sup> Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes. E-mail: d.sousaoliveira@hotmail.com. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9529216335014671>

Janeiro, mas provavelmente muito mais, o que está acontecendo, ou mais apropriadamente, não está acontecendo, é difícil de ignorar.

De acordo com o Ministério das Cidades, 30% da população do Rio de Janeiro não está ligada a um sistema de saneamento formal, e até mesmo em áreas com conexões formais, apenas cerca de metade dos resíduos de esgoto é tratado antes de entrar nos cursos das águas e, eventualmente no oceano.

Estes valores são de um cenário em um melhor caso, já que muitas áreas informais na cidade não estão contabilizadas, e até mesmo em áreas que tecnicamente têm saneamento básico, muitas vezes, os sistemas não estão em condições de funcionamento. Para uma cidade crescente em termos de importância global, o Rio está extremamente atrasado na área de saneamento. Mesmo dentro do Brasil, o Rio fica aquém. Em São Paulo, 96,1% da população têm acesso a saneamento básico, com Belo Horizonte ostentando um impressionante acesso de 100%.

Por toda a cidade, o acesso ao saneamento tem sido um tema central nos protestos criticando o foco dos investimentos do governo.

Na Rocinha, protestos e reuniões lideradas por Rocinha sem Fronteiras e SOS Rocinha Saneamento têm criticado a implantação de um teleférico em vez de saneamento básico. Estes grupos mostram que a população reconhece a importância crucial do saneamento, mesmo que o governo opte por investir em outros projetos mais visíveis, muitas vezes trazendo menos benefícios.

O Meu Rio, um site de campanhas e abaixo-assinados em prol do Rio, iniciou o abaixo-assinado Saneamento é Básico! para fazer pressão política para o fornecimento de saneamento básico para os moradores da cidade.

O estudo realizado pelo Trata Brasil mostra que quanto maior o déficit de saneamento básico adequado, menor a expectativa de vida ao nascer. Todos os anos, 217 mil trabalhadores no Brasil faltam ao trabalho devido a problemas gastrointestinais ligados à falta de saneamento, cada um se ausentando em média 17 horas de trabalho. As crianças sofrem por faltar à escola também. Estudos mostram que crianças com acesso a saneamento têm níveis de escolaridade 18% maior do que aqueles sem acesso.

O saneamento básico é apenas isso, um serviço básico, e parte integrante da urbanização. Saneamento serve como um alicerce para melhorar a qualidade de vida, garantindo condições de vida seguras e saudáveis para os moradores. Um estudo recente da Universidade de São Paulo mostra que investir em saneamento é ainda mais importante do que na educação em termos de impacto sobre o combate à pobreza.

Além dos sérios riscos para saúde, a falta de saneamento tem efeitos ambientais negativos generalizados. A maior parte do esgoto do Rio entra, sem tratamento, em rios, lagoas e, eventualmente, no mar.

O problema é exacerbado na cidade quando a coleta do lixo é insuficiente. Sistemas de esgoto informais misturam com lixo e ambos são arrastados para o oceano ou agravam desastres naturais durante chuvas fortes.

A maioria dos moradores que não têm acesso à coleta de esgoto pertence aos municípios localizados ao redor da Baía de Guanabara, ou que tenham rios e córregos que fluem para ela.

Dos 750.000 lares sem sistema de esgoto, calcula-se que 630.000 pertencem a esta área. Conseqüentemente, 84% do esgoto não recolhido, e sem tratamento na região metropolitana do Rio flui diretamente para a Baía de Guanabara, programada para sediar uma série de eventos olímpicos em 2016.

Apesar dos estudos que indicam que para cada R\$1 gasto em saneamento, R\$4 são salvas na área da saúde, houve uma histórica falta de investimento em saneamento no Rio de Janeiro. Mauro Kleiman explica que no Rio, “Saneamento é visto como um custo, em vez de um investimento”.

Historicamente, o governo optou por investir em outras áreas. “Existe uma hierarquização—indústria primeiro, do que sobra vai para o urbano. No urbano tem outra hierarquização, antes nas áreas de renda alta.

Os pobres serão sempre os últimos”. Em consequência disso, investimento em infra-estrutura de saneamento tem sido baixo em todas as partes da cidade e, pior ainda nas áreas mais pobres.

No final do século 20, a partir de 1995, o governo criou vários programas com foco na ampliação do acesso à água e saneamento. No entanto, embora esses programas tenham feito melhorias individuais em aumentar o acesso à água, o saneamento foi, em geral, ignorado.

De acordo com Kleiman, esses programas tiveram pequenos sucessos “parciais”, principalmente na melhoria do acesso à água, mas fazendo quase nada para melhorar o saneamento.

Uma dificuldade com o saneamento é que, embora ele produza benefícios generalizados, eles são quase invisíveis. Do ponto de vista político, quanto menos visibilidade, menor a prioridade do programa.

O investimento está muito longe de onde ele precisa estar. Para universalizar o saneamento no Brasil, o governo precisa investir 0,63% do seu PIB. Atualmente, investe apenas 0,22%.

Tal fato ilustra o perigo processual e engessamento do instituto processual do recurso repetitivo previsto no artigo 1036, do Código de Processo Civil.

## 1. O DIREITO É UM ORGANISMO VIVO

“O direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo”<sup>481</sup>.

Por oportuno, cabe salientar que a matéria em sede de recurso repetitivo teve como base legal o artigo 543-C, do CPC/73.

No entanto, com todas as vênias, o apontado julgamento não possui efeito vinculante, conforme o que pode ser verificado pela leitura do artigo 543-C, § 8º, do CPC, motivo por que ousou discordar da orientação firmada, por maioria, no Eg. STJ, pelas razões que passo a discorrer.

Por sua vez, o artigo 3º, alínea “b”, da Lei nº 11.445/07, traz a definição de esgotamento sanitário, como um conjunto de atividades que se integram. Transcreve-se:

“Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente.”.

Logo, se uma das atividades não é cumprida e o serviço não é prestado em sua plenitude, a contraprestação paga pelo consumidor não pode ser a tarifa cheia, mas sim a proporcional ao serviço que lhe foi prestado, sob pena de ofensa ao sinalagma contratual, bem como à proibição de enriquecimento ilícito da fornecedora.

Desse modo, em que pese não haver norma que preveja expressamente a tarifa proporcional, a equidade e a natureza mensurável do serviço justificam a cobrança equivalente a 50% da quantia devida a título de abastecimento de água, que se mostra a mais adequada ao caso em apreço, não só porque, como já asseverado, impede o enriquecimento sem causa da concessionária, decorrente da cobrança de serviço de

---

<sup>481</sup> Voto do Ministro do STF, Eros Grau, no julgamento da ADPF 46 no Tribunal Pleno, no dia 15/06/2005, p. 91.

tratamento não prestado, como também porque não torna gratuito o uso de serviço de coleta e transporte do esgoto, o que também implicaria em violação ao equilíbrio e ao caráter contraprestacional da relação contratual. Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes desta Corte Estadual:

“I) Agravos Inominados. Apelação. CEDAE. Ação de obrigação de fazer c/c repetição de indébito. Tarifa de esgoto. Sentença de procedência. - II) Decisão monocrática que deu provimento liminar e parcial ao recurso interposto pela concessionária, para afastar a devolução integral da taxa de esgoto e em dobro, declarando recíproca a sucumbência, arcando cada parte com as custas despendidas e compensados os honorários advocatícios. - II) Relação de consumo. Arts. 2º e 3º do CDC, mas com incidência, também, da Lei 11.445/07. - III) A prestação do serviço de esgoto sanitário se faz em várias etapas e, cumprida uma ou uma delas, justificável a cobrança proporcional. Antecedentes jurisprudenciais. - IV) Valor da taxa de esgoto fixada em 60% do valor da taxa d’água. Devolução da diferença de forma simples. Súmula 85, desta Corte. - V) Manutenção da decisão agravada. Recursos desprovidos.”(0286978-08.2011.8.19.0001 - APELACAO – DES. PAULO MAURICIO PEREIRA - Julgamento: 07/08/2013 - QUARTA CAMARA CIVEL)

A doutrina dominante tem entendido que a uniformização de jurisprudência não é um recurso típico ou nominado em forma de reexame, mas um incidente que pressupõe julgamento de recursos em andamento pelos diversos órgãos de prestação jurisdicional em segunda instância, e que se mostra como verdadeira questão preliminar a ser decidida pela turma competente.

O caso concreto analisado trata da legalidade da cobrança da tarifa do esgoto sem a devida prestação do serviço pela Concessionária de Serviço Público.

Nos autos do processo administrativo nº 0032040-50.2011.8.19.0000, instaurado por iniciativa do Diretor Geral do Centro de Estudos e Debates – CEDES, a Desembargadora Relatora Letícia Sardas, com fundamento no artigo 122, § 3º, do Regimento Interno deste Eg. Tribunal de Justiça, submeteu ao Colegiado do Órgão Especial à apreciação do verbete da súmula abaixo:

Nº. 255 “Incabível a cobrança de tarifa pela simples captação e transporte do esgoto sanitário.” Referência: Processo Administrativo nº 0032040-50.2011.8.19.0000. Julgamento em 16/01/2012. Relator: Desembargadora Letícia Sardas. Votação unânime.

Frisa-se que o Ministério Público opinou pelo acolhimento do supracitado

verbete, o qual teve como base legal o artigo 3º, da Lei nº 11.455/071<sup>482</sup>, que definiu o que se deve entender por esgotamento sanitário, bem como o que pode ser cobrado:

“Art. 3.º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

(...)

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;”

Vale ressaltar que a súmula de caráter persuasivo foi introduzida no Brasil por proposta do Ministro VICTOR NUNES LEAL, na Comissão de Jurisprudência, e acatada por seus pares no Supremo Tribunal Federal em 28 de agosto de 1963. Posteriormente esta inovação que se encontrava prevista nos regimentos internos das Cortes, foi normatizada nos artigos 476 a 479, do Código de Processo Civil de 1973, e reiterada nos artigos 926 e 927, do Código de Processo Civil de 2015.

Após a consolidação do verbete no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Ministro JOSÉ DELGADO, do Superior Tribunal de Justiça, nos autos de uma demanda que tratava da ilegalidade da cobrança de esgoto, assim decidiu<sup>483</sup>:

ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ESGOTO. TARIFA.

1. A concessão para explorar serviço público de esgoto e tratamento dos resíduos é de natureza complexa.
2. É legal a exigência do pagamento da tarifa quando o serviço de esgoto é oferecido, iniciando-se a coleta das substâncias com a ligação do sistema às residências dos usuários.
3. O tratamento do material coletado é uma fase complementar.
4. A finalidade da cobrança da tarifa é manter o equilíbrio financeiro do contrato, possibilitando a prestação contínua do serviço público.
5. A lei não exige que a tarifa só seja cobrada quando todo o mecanismo do tratamento do esgoto esteja concluído.
6. O início da coleta dos resíduos caracteriza prestação de serviço remunerado.
7. Recurso provido.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COLETA E TRANSPORTE DOS DEJETOS. INEXISTÊNCIA DE REDE DE TRATAMENTO. TARIFA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. 1.

<sup>482</sup> Art. 1º. Esta Lei estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico.

<sup>483</sup> RECURSO ESPECIAL Nº 431.121 - SP (2002/0048952-5)

Não há violação do artigo 535 do CPC quando a Corte de origem emprega fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia. 2. À luz do disposto no art. 3º da Lei 11.445/2007 e no art. 9º do Decreto regulamentador 7.217/2010, justifica-se a cobrança da tarifa de esgoto quando a concessionária realiza a coleta, transporte e escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue. 3. Tal cobrança não é afastada pelo fato de serem utilizadas as galerias de águas pluviais para a prestação do serviço, uma vez que a concessionária não só realiza a manutenção e desobstrução das ligações de esgoto que são conectadas no sistema público de esgotamento, como também trata o lodo nele gerado. 4. O tratamento final de efluentes é uma etapa posterior e complementar, de natureza sócio-ambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público. 5. A legislação que rege a matéria dá suporte para a cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento final dos dejetos, principalmente porque não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. Precedentes: REsp 1.330.195/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 04.02.2013; REsp 1.313.680/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 29.06.2012; e REsp 431121/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 07/10/2002. 6. Diante do reconhecimento da legalidade da cobrança, não há o que se falar em devolução de valores pagos indevidamente, restando, portanto, prejudicada a questão atinente ao prazo prescricional aplicável as ações de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. 7. Recurso especial provido, para reconhecer a legalidade da cobrança da tarifa de esgotamento sanitário. Processo submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.(REsp 1339313 RJ, REL. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 12/06/2013, DJE 21/10/2013)

Portanto, a cobrança de tarifa de esgoto passou a ser devida, sob o fundamento que a Lei nº 11.455/07, não exige que a tarifa só seja cobrada quando todo o mecanismo do tratamento do esgoto este concluído.

Por sua vez, com base na supracitada decisão, o verbete da súmula nº 255, deste Eg. Tribunal de Justiça foi cancelado, conforme acórdão publicado no dia 31/05/2012, nos autos do processo administrativo nº 0032040-50.2011.8.19.0000.

No entanto, no dia 30 de abril de 2014, o Desembargador ALCIDES DA FONSECA NETO, que compõe a 23ª Câmara do Consumidor do Tribunal de Justiça, decidiu que a cobrança da tarifa de esgoto era indevida quando não fornecido a totalidade do serviço e, por conseguinte, determinou que a Concessionária restitui-se o percentual de 50% do valor cobrado à título da tarifa de esgoto para o consumidor.

De plano é preciso destacar que base jurisprudencial da supracitada decisão é o voto vencido do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, que considerou ilícita a



cobrança integral da tarifa quando não prestada uma das etapas do serviço – no caso, o tratamento dos resíduos –, e concluiu que a natureza contraprestacional da tarifa autoriza apenas a cobrança parcial, de forma proporcional aos serviços efetivamente prestados.

Por ilustrativo, peço vênha para transcrever o voto do Ilustre Ministro, cujo teor é:

(VOTO VENCIDO) (MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)  
Concessionária de serviço público de esgotamento sanitário não pode cobrar do consumidor tarifa cheia pela prestação do serviço, mas apenas tarifa parcial, quando não há a prestação do serviço em sua totalidade, mas somente de algumas etapas desse serviço. Isso porque não se trata de taxa, mas de preço, e o preço é contraprestacional e proporcional ao dispêndio do prestador, não se podendo compelir o usuário a pagar por um serviço que não lhe foi prestado nem posto à disposição. Assim, ilegítima a cobrança da tarifa cheia nesses casos em que os usuários não recebem o serviço por completo, não podendo eles ser compelidos a financiar a expansão, a manutenção e o aprimoramento tecnológico da empresa prestadora do serviço, o que deve ser suprido com recursos próprios da empresa ou subsidiados pelo tesouro do Poder Público concedente.

“1. Senhor Presidente, essa é uma questão que coloca em cena um problema que tende a se tornar mais frequente, que é o da rebelião de financiadores de serviços públicos, quando esse serviço público não é prestado a tempo e modo, ou a contento. 2. No caso aqui, Senhor Presidente, a decisão, que já se mostra majoritária, está permitindo a cobrança da tarifa cheia em face de serviço prestado em etapas, compelindo, portanto, os usuários do serviço a financiarem a expansão, a manutenção e o aprimoramento tecnológico da empresa prestadora, do serviço, quando não o recebem por completo.

3. Penso, Senhor Presidente, que um eventual deficit tarifário deve ser suprido com recursos próprios da empresa ou subsidiados pelo tesouro do Poder Público concedente. Isso é um serviço público concedido a uma empresa privada. Se ela não presta a contento, como claramente não presta e confessa, Senhor Ministro SÉRGIO KUKINA, pois são quatro etapas, e ela presta duas ou três, então, como se explica, à luz da racionalidade, da razoabilidade, que alguém pague a tarifa cheia por um serviço que não é prestado plenamente, mas só em parte?

4. Senhor Presidente, no caso presente, é de se reconhecer a ilegitimidade da cobrança cheia, permitida, sem dúvida, a cobrança parcial pelos serviços efetivamente prestados. Não se deve, penso eu, compelir o usuário a pagar por um serviço que não lhe foi prestado e nem posto à disposição. Isso não é taxa, isso é um preço, e o preço é contraprestacional e proporcional ao dispêndio do prestador.

5. Por isso, Senhor Presidente, com essas brevíssimas palavras e por verificar que esse julgamento inicia provavelmente uma fase revolucionária e auspiciosa de discussão de prestação de serviços públicos terceirizados, como acontece com transporte, ônibus, trem, táxi, aeroporto, etc. nos quais os usuários, por serem a parte mais fraca na relação, são compelidos a pagar o preço da tarifa sem que tenham a contraprestação justa. Penso que, na evolução das discussões e dos

tempos contemporâneos, chegaremos a questionar não só as empresas concessionárias, mas o próprio Governo diante das arrecadações vultosas que faz sem retribuir na mesma proporção em serviços adequados, eficientes e dignos, que o usuário contribuinte tem o direito de receber.

6. Por isso, peço vênua ao eminente Senhor Ministro Relator e à doutíssima maioria que se formou, para entender que, nessas condições, não é possível que a CEDAE arrecade uma tarifa cheia quando não presta o serviço com plenitude. Nego provimento ao recurso especial.”

Desde então as Câmaras Especializadas em Direito do Consumidor do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vêm decidindo que é correta devolução de 50% do valor cobrado a título da tarifa de esgoto para o consumidor, divergindo tão somente quanto a indenização por dano moral e a devolução em dobro, *in verbis*:

ACÓRDÃO 0008689-60.2012.8.19.0211 – APELAÇÃO Ementa MARCELO ALMEIDA - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. CEDAE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRATAMENTO DE ESGOTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. CONDENAÇÃO DA RÉ A SE ABSTER DE COBRAR A TÍTULO DE TARIFA DE ESGOTO A INTEGRALIDADE DO VALOR COBRADO A TÍTULO DE TARIFA DE ÁGUA, DEVENDO SER LIMITADA A COBRANÇA A DO VALOR DESTA; E A DEVOLVER AO AUTOR, NA FORMA SIMPLES, OS VALORES COMPROVADAMENTE PAGOS A TÍTULO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO AO LONGO DA DEMANDA. IRRESIGNAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS/RÉ PRETENDENDO A IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. PERÍCIA NOS AUTOS PELA QUAL SE INFERE QUE A EMPRESA RÉ A RÉ NÃO POSSUI REDE DE COLETA DE ESGOTO NO LOGRADOURO. O ESGOTO DO IMÓVEL É DESPEJADO NA GALERIA DE ÁGUAS PLUVIAIS, LICITUDE RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO IMPLICA ADMISSÃO DA COBRANÇA NA ALÍQUOTA INTEGRAL, JÁ QUE O SERVIÇO CORRESPONDENTE NÃO É PRESTADO NA SUA TOTALIDADE. DEVOLUÇÃO DO EXCESSO JÁ PAGO PELA FORMA SIMPLES, SEJA POR FORÇA DA SÚMULA Nº 85 DESTE TRIBUNAL, SEJA AINDA PELA INTELIGÊNCIA DO INCISO III DO ART. 20 DA LEI Nº 8.078/90. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

## **2. CRIME AMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

Como é de conhecimento, a organização e estrutura do Estado brasileiro são constituídas por uma forma republicana de governo, um sistema presidencialista e

composta por estados federados. Nesse modelo organizacional, tem-se como principal característica, a distribuição dos poderes entre os estados-membros, conservando suas autonomias e repartindo competências entre si.

Em meio essa divisão e distribuição de competências concedidas aos entes federativos, e respeitando o princípio da predominância de interesses, o Estado fornece meios para que os entes federados se auto organizem e se autogovernem.

Na Constituição de 1988 as capacidades de auto organização, autolegislação, autogoverno e auto administração, foram delegas aos Estados, como uma maneira de melhor gerenciar e controlar as atividades que lhe foram distribuídas, aparecendo no corpo constitucional em diversos momentos, como nos art. 18, 25, 27, 28 e 125 da CF/88.

Com base nessas competências os Estados adquiriram responsabilidades sobre aqueles assuntos que lhe foram delegados, dentre eles, um é o objeto do presente artigo, o Meio Ambiente.

A Constituição de 1988 representou um grande marco e uma expressiva conquista na história brasileira, por trazer uma atenção ao meio ambiente nunca antes presenciada, tratando-o como um direito fundamental em seu artigo 225 e, trazendo o dever para o poder público e a coletividade de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Como bem pontua Luiz Flávio Gomes ao citar a obra de Luiz Regis Prado, “Nossa Constituição, no dizer de Luiz Regis Prado, estabeleceu um mandato expreso de criminalização de condutas lesivas ao Meio Ambiente”. Dessa forma, conclui que “... não se limita simplesmente a fazer uma declaração formal da tutela do meio ambiente, mas, na esteira da melhor doutrina e legislação internacionais, estabelece a imposição de medidas coercitivas aos transgressores do mandamento constitucional.”. (LUIZ FLAVIO GOMES SILVIO MACIEL, P 17, 18, 2011).

Portanto, as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente agora seriam não só tuteladas, mas também punidas. No caso que será exposto é possível observar a violação de diversos artigos tanto da legislação ambiental, quanto da própria Constituição Federal, no que tange aos danos ao meio ambiente.

Antes de avançar no tema, será necessário abordar o conceito de dano ambiental e os tipos de responsabilidade aplicados para melhor correlacionar com a Responsabilidade do Estado na ocorrência de crime ambiental.

## 2.1. Dano Ambiental

Inicialmente, no ordenamento jurídico, o próprio conceito de meio ambiente é alvo de diversas críticas doutrinárias por ter restringido a definição do meio ambiente a um fator meramente biológico, conforme texto do art.3º, I, da Lei n. 6938/81, “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;”.

Dessa forma os doutrinadores optaram por classifica-lo com base nos aspectos que o compõe, como pontuou Fiorillo. (FIORILLO, 2014, p.61). Assim, além dos elementos naturais, artificiais e culturais, também foi inserido no conceito de meio ambiente o ambiente de trabalho e o ambiente genético.

Numa breve exposição, Sirvinskas define-os da seguinte forma:

*a) meio ambiente natural* - integra a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, o solo, subsolo, os elementos da biosfera, a fauna, a flora. O patrimônio genético e a zona costeira (art. 255 da CF); *b) meio ambiente cultural* - integra os bens de natureza material e imaterial, conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (arts. 215 e 216 da CF); *c) meio ambiente artificial* – integra os equipamentos urbanos, os edifícios comunitários (arquivo, registro, biblioteca, pinacoteca, museu e instalação científica ou similar) (arts.21. XX, 182 e s. e 225 da CF); *d) meio ambiente do trabalho* – integra a proteção do homem em seu local de trabalho, com observância às normas de segurança (arts. 200, VII e VIII, e 7º, XXII, ambos da CF). (SIRVINSKA, 2010, p. 104)

Após entender tudo aquilo que se insere no conceito de Meio Ambiente, definir o que é o dano ambiental se torna mais fácil. Numa exposição simples do conceito de dano ambiental, tem-se que este é uma conduta lesiva ao meio ambiente. Ou seja, todo fato que provoque uma alteração jurídica, material ou moral, no meio ambiente.

Ocorre que o dano ambiental, ao contrário do dano tradicionalmente conceituado nos outros ramos do Direito, como uma lesão que atingiria uma pessoa ou o patrimônio de um sujeito específico, afeta uma quantidade indeterminada de sujeitos, mesmo que o dano causado tenha sido ao patrimônio de uma pessoa específica, como explica Laurício Alves. (PEDROSA, 2011, p.142).

Assim, por se tratar de um direito difuso, o conceito do dano ambiental se torna mais abrangente, motivo pelo qual uma breve ilustração sobre a amplitude de seu conceito deve ser realizada.

A princípio, o meio ambiente abarca tanto seus elementos constitutivos, como a fauna, flora, os recursos hídricos e minerais, quanto os elementos incorpóreos e imateriais. Através da combinação de todos esses elementos é formado seu conceito.

Neste sentido, Antunes discorre:

Este conjunto de bens adquire uma particularidade jurídica que é derivada da própria integração ecológica de seus elementos componentes. Tal qual ocorre com o conceito de ecossistema, que não pode ser compreendido como se fosse um simples aglomerado de seus componentes, o bem jurídico meio ambiente não pode ser decomposto, sob pena de desaparecer do mundo jurídico. (ANTUNES, 2010, p. 42)

Da mesma forma, Milaré explica:

Ao falar em lesão aos *recursos ambientais*, estamos nos referindo, na linha do disposto no art. 3.º, V, da Lei 6.938/1981, não só aos meros *recursos naturais*, mas também aos elementos da biosfera. Vale dizer, a categoria dos *recursos naturais* é parte de um conjunto mais amplo: *os recursos ambientais*. Sendo assim, todo recurso natural é ambiental, mas nem todo recurso ambiental é natural. (MILARÉ, 2009, p. 867, grifo do autor).

Por não haver um conceito único sobre o meio ambiente, conceituar o dano ambiental também se torna algo que demanda cautela. Diante disso, ao buscar auxílio na lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, II e III<sup>484</sup>, surge a definição de poluição e degradação da qualidade ambiental.

---

<sup>484</sup> Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:  
(...)

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

A partir dessas concepções, Milaré expõe seu conceito sobre o dano ambiental “... arriscamo-nos, para fins eminentemente didáticos, a dizer que *dano ambiental* é a lesão aos *recursos ambientais*, com conseqüente degradação – *alteração adversa* ou in pejus – *do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida*.” (MILARÉ, 2009, p. 866, grifo do autor).

Ainda assim, há de se observar que mesmo que se cumpram todas as disposições legais, normas jurídicas ou regulamentos, o dano poderá ocorrer. Por essa razão, o Direito Ambiental procura se antecipar a ocorrência de tais danos, agindo principalmente na sua prevenção, uma vez que os danos ambientais são de difícil reparação.

Neste sentido, Paulo José da Costa Jr. entende que, “... a tendência da moderna ciência penal é voltada em conceber o crime ecológico como o crime de perigo.” Ao adotar esta postura, a incriminação do perigo torna a forma como se trata as diversas lesões e, perigos de lesões, ao meio ambiente mais condizente com todo o impacto causado pelas condutas lesivas.

Desse modo, com base nessas definições e utilizando o texto do art. 225, §3<sup>o</sup><sup>485</sup>, da Constituição Federal de 1988, procurou-se uma forma de imputar a responsabilidade ao causador do dano.

Mas e se o agente que causou o dano for uma concessionária que age com os poderes do Estado, o Estado, o ente que constitucionalmente tem o dever de proteger o meio ambiente, não irá ser responsabilizado?

## 2.2. Responsabilidade do Estado

---

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

<sup>485</sup> Art. 225 §3º- As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em virtude da constante evolução social e do Estado, e a crescente necessidade de encontrar uma forma de responsabilizar o causador de um prejuízo, nasceu o que hoje conhecemos como a Responsabilidade Civil.

Inicialmente, a Responsabilidade Civil surge com o intuito de imputar ao causador de um dano ou prejuízo, a responsabilidade de reparar ou ressarcir a ofensa causada. Diante disto, duas Teorias iniciais são de extrema importância para a evolução da responsabilização no Direito Ambiental.

A primeira delas foi a Teoria Subjetiva, que como Milaré bem explica seria “fundada na culpa ou no dolo do agente causador do dano”. (MILARÉ, 2009, p. 952).

Neste contexto, para a existência da responsabilidade civil, faz-se necessária a existência da culpa, sendo tratado tal elemento como o cerne para a imputação do ato ao seu causador.

Por muito tempo este entendimento perdurou firmemente como critério para a criação do conceito de Responsabilidade Civil, baseando-se na Teoria da Culpa. Nesta teoria, a existência de um ato ilícito possuía um caráter fundamental, pois nele estava inserida a antijuridicidade e a ilicitude da conduta, através da violação de um direito e do dano decorrente deste.

No entanto, com as reformas no Código Civil Brasileiro de 2002, a doutrina começa a reconhecer e utilizar a Teoria do Risco, adotando o que hoje é chamada de Responsabilidade Objetiva, afastando assim, a culpa como pressuposto da obrigação de reparar.

Baseando-se nos princípios da Prevenção e da Precaução, o Direito Ambiental tem como um dos seus principais objetivos evitar que o dano ocorra, por este ser de difícil reparação ou recomposição. Por este motivo, busca-se prevenir o acontecimento de danos previsíveis e imprevisíveis, os quais surgiam com mais frequência diante da expansão das atividades econômicas.

Pegando carona também no Princípio do Poluidor-Pagador, a utilização da culpa como elemento constitutivo da responsabilidade deixaria de abarcar uma série de situações novas que surgiam. Como é o caso de um dano decorrente de um conjunto de fatores naturais imprevisíveis, mas que se tornou possível devido a ação humana, ainda que esta ação tenha seguido todos os padrões e cuidados impostos. Ou seja, o simples perigo do empreendimento, por si só, já exige uma tutela.

Não se torna razoável que diante do exercício de uma atividade onde existe um perigo de dano, não se enseje um dever de compensação ao seu responsável, “decorrente do simples fato de este se beneficiar diretamente do exercício destas atividades perigosas e particularmente arriscadas, à margem, pois, de qualquer consideração de culpa.”, como bem explica Danny Monteiro. (SILVA, 2008, p. 250).

Se a Teoria da Culpa continuasse a ser exclusivamente aplicada, não haveria como imputar a culpa a ninguém, tornando situações como essas desamparadas de proteção legal. Com a mudança do Código de 1916 para o Código Civil de 2002, Milaré afirma que foi adotado um “(...) sistema dualista que, sem prejuízo desse princípio básico, reproduzido agora no art. 186, agregou, com igual força de incidência, a responsabilidade sem culpa, estada no risco da atividade (art. 927, § único)”. (MILARÉ, 2009, p. 952).

Dessa forma, a Responsabilidade Civil Objetiva afasta a necessidade do elemento culpa para sua configuração, bastando que a atividade exercida seja considerada de risco, devendo seu agente fazer uma previsão sobre os danos e aceitando suas consequências que serão inerentes.

No mesmo sentido Pedrosa conclui:

A pessoa que, no seu interesse, desenvolve uma atividade capaz de criar um risco de dano a terceiros, terá de repará-lo, quando o mesmo restar configurado. Neste caso, o dano emerge do próprio fato que lhe deu origem, violando direito alheio, tornando irrelevante e dispensável a análise da culpabilidade do agente. (PEDROSA, 2011, p. 255).

Conclui da mesma forma Danny, ao citar Steigleder:

Em síntese, a aplicação de regimes de responsabilidade objetiva pressupõe a existência de uma atividade que implique riscos para as pessoas ou para o meio ambiente, impondo ao empreendedor a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da precaução e prevenção), de modo a internaliza-los no processo produtivo (princípio do poluidor-pagador) materializando-se no mundo jurídico mediante a constatação do dano ou risco de dano e do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, efetivo ou potencial. (SILVA, 2008, p. 251).

Na própria Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente 6938/81, no art. 14, par 1º, há a previsão da responsabilidade civil objetiva “Sem obstar



a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”. Nos mesmos moldes, existe previsão também no Código Civil acerca da obrigação de reparar o dano, independente da culpa, em seu art. 927, parágrafo único.<sup>486</sup>

Dessa forma, o Direito Ambiental adota esta teoria, haja vista a importância fundamental da verificação dos riscos decorrente do exercício de determinada atividade e, a dificuldade que a havia para aferir a culpa do causador de dano ambiental na Teoria Subjetiva.

### 2.3. Responsabilidade do Estado pelos Crimes ambientais

O Estado passou a possuir dois campos de atuação em razão de responsabilidade. O primeiro, que seria regida através do Direito Público, contemplado por seus atos de gestão, e o segundo, que sujeitaria a responsabilidade do particular ao Direito Privado.

Tal pensamento continuou a evoluir, já não sendo mais adotada essa simples divisão de responsabilização do Estado como “pessoa pública” e “pessoa civil”, considerando atualmente ambos como simples atos estatais.

Diante dessa nova concepção, se estenderia ao Poder Público a não permissão de causar danos a outrem. Alguns artigos da atual legislação brasileira ajudam a esclarecer a extensão dessa responsabilidade, como o artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, que traz em seu texto:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”.

A responsabilidade agora imputada ao Estado, também compreenderá os atos que causem danos a terceiros, praticados por seus agentes, que como bem define Mauro

---

<sup>486</sup> **Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

**Parágrafo único.** Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Faria, não se limitam a “meros representantes da Administração, mas sim a própria entidade munida dos poderes de atuação.”. (FILHO, 2014, p. 55).

Temos como cerne da questão, o lançamento na natureza de esgoto in natura, bem como a ausência ou prestação parcial dos serviços de tratamento de esgoto pela concessionária CEDAE, que presta esses serviços no Estado do Rio de Janeiro.

A princípio tais condutas são de competência do Estado: o domínio das águas pelo Estado vem esculpido no artigo 26, da CF, nos incisos I, II e III<sup>487</sup>, delimitando aquilo que é de seu controle. E a responsabilidade pelo combate a poluição e a defesa do meio ambiente, no artigo 23, da CF<sup>488</sup>.

Além disso, o controle estatal das atividades privadas é feito através do Poder de Polícia, que embora encontre previsão no artigo 78,<sup>489</sup> do Código Tributário Nacional, não se limita a atuação referente ao Fisco. Através dele, o Estado busca harmonizar os direitos individuais e difusos, com uma atuação preventiva ou repressiva.

Machado define da seguinte maneira:

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da

<sup>487</sup> Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

<sup>488</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

(...)

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

(...)

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

<sup>489</sup>

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividade dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza. (MACHADO, p.385)

O despejo de esgoto in natura e a falha/ausência na prestação de um serviço de qualidade pela CEDAE provocam alterações na água que comprometem a saúde e o bem-estar da população, além do próprio meio ambiente, se enquadrando no conceito de poluição trazido pelo artigo 13, do Decreto nº 73.030/73, em conformidade com o texto da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, III:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

Desse modo, como o Estado é o detentor do poder/dever de proteção e defesa dos direitos e garantias, também deve ser responsabilizado na ocorrência de crimes ambientais oriundo de seus órgãos, ou por aqueles que façam por ele.

Assim, mesmo que a o dano ambiental seja causado por permissionária ou concessionária que haja em nome do Estado, este deverá responder pelos riscos que a atividade gerou. Inicialmente em razão das condutas que o agente praticou que ocasionaram o dano, de forma subjetiva, e por fim em decorrência da ausência de fiscalização ou a ineficiência desta, de forma objetiva, vez que não evitou que a lesão ocorresse quando tinha o dever de fazer.

Para caracterizar a responsabilidade do Estado pela omissão, deve existir o dever de agir pelo Estado e uma responsabilidade de atuar para evitar o dano. Nestes casos, os danos ambientais em regra não são causados pelos agentes públicos, tendo

como origem em fatos da natureza ou de terceiros, mas que poderiam ser evitados ou reduzidos se o Estado, possuindo o dever de agir, não tivesse se omitido.

Como é de conhecimento geral, o caso da Samarco foi uma das maiores tragédias ambientais dos últimos anos, onde o Ministério Público processou não apenas as empresas mineradoras, como também o Estado de Minas Gerais, a União e o Município de Mariana.

No que tange a responsabilidade do Estado, a mesma fica evidenciada quando há uma omissão do cumprimento de seu dever de fiscalizador e protetor do meio ambiente, sendo adotada uma teoria objetiva, quando se trata de dano decorrente da omissão, como já entende a jurisprudência do STJ:

**Ementa: PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ADOÇÃO COMO RAZÕES DE DECIDIR DE PARECER EXARADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DENULIDADE. ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 4.771 /65. DANO AO MEIOAMBIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ARTS. 3º ,IV, C/C 14 , § 1º , DA LEI 6.938 /81. DEVER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO. 1. A jurisprudência predominante no STJ é no sentido de que, em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. Trata-se, todavia, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação, "seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil" (REsp 1.071.741/SP, 2ª T., Min.Herman Benjamin, DJe de 16/12/2010). 2. Examinar se, no caso, a omissão foi ou não "determinante" (vale dizer, causa suficiente ou concorrente) para a "concretização ou agravamento do dano" é juízo que envolve exame das circunstâncias fáticas da causa, o que encontra óbice na Súmula 07 /STJ. 3. Agravos regimentais desprovidos. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1001780 PR 2007/0247653-4 (STJ))**

Assim, a responsabilidade do Estado por conduta omissiva, é objetiva, a teor do artigo 37, §6º, da CF. Pois o Estado com seu dever de fiscalizar deve se responsabilizar, independente da comprovação de culpa por parte deste, bastando à omissão e o dano efetivo para configurá-la.

Dessa maneira, havendo a comprovação do dano, o nexo de causalidade com a omissão do Estado e o resultado lesivo, o Estado deverá ser responsabilizado nos casos de omissão no dever de fiscalizar e proteger o meio ambiente.

A lei de crimes ambientais trouxe a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica no artigo 3º, atendendo aquilo que já era trazido pela Constituição Federal no artigo 255, §3º, na medida em que o legislador constatou que os grandes danos causados ao meio ambiente não eram oriundos das atividades praticadas por pessoas físicas:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Como bem explica Milaré, a reponsabilidade da pessoa jurídica, por óbvio não exclui a das pessoas físicas que sejam autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, uma vez que a empresa, por si mesma, não comete crime. (MILARÉ, 2009, p 984)

Importante mencionar também o art. 2º da mesma lei, que inclui como concorrente no crime, quem de qualquer forma sabendo da conduta criminosa, deixa de impedir ou, quando podia, não o fez:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Para que tal responsabilidade seja imputável, é necessário o preenchimento de dois pressupostos: que a infração tenha sido originada por decisão de seu representante, e que haja um interesse ou benefício da entidade. Assim, a responsabilidade penal anda na contramão da responsabilidade civil, adotando uma teoria subjetiva para imputar a culpa ao Estado pelos atos do agente.

Nota-se que no artigo 3º, da Lei nº 6.938/81, não há distinção entre poluidor público ou privado, assim, tanto o administrador de uma empresa pública ou privada pode ser responsabilizado pelos danos ambientais provocados pela pessoa jurídica que o

representa, porém nesta hipótese, deve ser adotada a teoria subjetiva, conforme traz o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal:

“§6 - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”.

Neste sentido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. DEGRADAÇÃO DE ZONA DE PRESERVAÇÃO ECOLÓGICA PELA INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO CLANDESTINO DE FONTE DE POLUIÇÃO. INFRAÇÕES AMBIENTAIS REITERADAS DURANTE DÉCADAS. PROVA DO DANO. ALEGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO POR OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER AOS ENTES PÚBLICOS E DE NÃO FAZER AO PARTICULAR. POSSIBILIDADE DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO E DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SENTENÇA QUE SE TORNOU INEXEQUÍVEL ANTE A FALTA DE RECURSO DO AUTOR. RECURSO OFICIAL, CONSIDERADO INTERPOSTO, E APELAÇÕES DO MUNICÍPIO E DO ESTADO PROVIDAS. APELAÇÃO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA, APENAS PARA LIMITAR OS EFEITOS DA SENTENÇA À PARCELA DA PROPRIEDADE INSERIDA NOS LIMITES DA SERRA DO ITAPETI.(TJ-SP - APL: 90633578320098260000 SP 9063357-83.2009.8.26.0000, Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez, Data de Julgamento: 20/06/2013, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 28/06/2013)[16]

Não há dúvidas, entretanto, ser cabível a responsabilização do agente público pelos danos ambientais, aos qual a pessoa jurídica de direito público que ele representa for poluidora direta ou indireta.

Em suma, aqueles que praticam um ato são responsáveis por estes, onde ocorrendo prejuízo, deverão ser reparados, sejam pessoas físicas ou jurídicas, entes públicos ou privados.

Atualmente a doutrina diverge sobre a possibilidade da pessoa jurídica de direito público ser responsabilizada por crimes ambientais. De um lado, entendem que

há a possibilidade de responsabilização, pois na Constituição Federal e na Lei de Crimes Ambientais, ao se referir às pessoas jurídicas, não houve distinção entre a pessoa jurídica de direito público ou privado.

Mas diferente de uma responsabilidade penal, onde deveria ser cumprida uma pena, o Estado ficaria restrito as consequências pecuniárias de uma eventual condenação penal.

Na contramão deste entendimento, outros defendem a impossibilidade do Estado se autopunir, como Guilherme José Purvin de Figueiredo e Solange Teles da Silva, “vez que o cometimento de um crime jamais poderia beneficia-las e que as penas a elas imposta seriam inócuas ou, então, se executadas prejudicariam diretamente a própria comunidade beneficiária dos serviços públicos.” (MILARÉ 989, 2009).

No entanto, isto não significa que o agente público que tenha concorrido para o dano ambiental ficará a salvo de uma responsabilização. Sendo configurado crime tipificado na Lei nº 9.605/1988, e identificado e responsabilizado os agentes públicos, pessoas físicas, que o cometeram, “deverá buscar simultaneamente uma reparação do dano na esfera cível, pela pessoa jurídica de direito público, de acordo com o art. 37§6 da CF/88, bem como a subsequente recomposição do patrimônio público, com o ajuizamento de ação regressiva em face dos agentes públicos responsável pelo ato lesivo.” (MILARÉ 990, 2009).

O que estes autores sustentam é a impossibilidade da pessoa jurídica cometer ilícito, no seu interesse ou benefício, pois por sua própria natureza, só podem perseguir fins lícitos, que alcancem o interesse público. Portanto, quem age com desvio é o administrador e, portanto, somente este poderia ser responsabilizado criminalmente por crime ambiental.

### **3. E O CONSUMIDOR NESSA HISTÓRIA?**

Uma das controvérsias da presente artigo gira em torno da existência, ou não, de tratamento de esgoto realizado pela Concessionária de Serviço Público, que justifique a cobrança de tal serviço ao consumidor.

Tal controvérsia está relacionada à legalidade da cobrança de tarifa de

esgotamento sanitário pela Concessionária de Serviço Público, sem que haja a prestação completa do serviço, de modo que está configurada a relação de consumo, a atrair a aplicação das normas insertas no CDC.

Prosseguindo, a relação jurídica entre usuário e Concessionária de Serviço Público é de consumo, a teor do artigo 2º e 3º, da Lei nº 8.078/90, diploma com assento nos artigos 5º, XXXII, 24, VIII e 170, V, da Constituição Federal de 1988.

O artigo 22, do CDC, prevê a responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público, independentemente da comprovação da culpa, somente afastado o dever de indenizar quando demonstrada a culpa exclusiva do ofendido ou de terceiro.

Para a configuração da responsabilidade objetiva e do conseqüente dever de indenizar é necessária a comprovação do fato, do dano e do nexo causal.

Por sua vez, no artigo 14, § 3º, do CDC está disposto que a Concessionária de Serviço Público só não será responsabilizada quando provar alguma excludente de sua responsabilidade previstas nos incisos I e II do mencionado dispositivo legal.

Contudo, nos termos do já exposto anteriormente, a Concessionária de Serviço Público não cumpriu o disposto no artigo 14, § 3º, II, do CDC e do artigo 373, II, do CPC, tornando verossímil as alegações do consumidor, e, por conseguinte, imputa a aplicação do artigo 14, caput, e 22 do CDC, *in verbis*:

0076260-77.2004.8.19.0001 – APELACAO – DES. MARCELO ANATOCLES – Julgamento: 26/03/2014 – VIGESIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR APELAÇÃO CÍVEL. CEDAE. COBRANÇA DE TARIFA DE ESGOTO. PRETENSÃO À SUPRESSÃO DA CORRELATA COBRANÇA E À DEVOLUÇÃO DA QUANTIA PAGA PELOS VINTE ÚLTIMOS ANOS E DANO MORAL. SERVIÇO PRESTADO DE FORMA PARCIAL. COBRANÇA PROPORCIONAL. Controvérsia acerca da legalidade da cobrança de tarifa de esgoto sanitário sem que haja a prestação completa do serviço. Sentença que merece reforma a fim de que a apelante-ré se abstenha de cobrar a tarifa de esgoto, no montante de 100% do valor da água consumida no imóvel, ficando autorizada a fazê-lo, a partir desta decisão, no percentual de 50%, até que o ciclo de serviços prestados pela companhia seja completo e a devolver, na forma simples e por força da súmula 85 do TJRJ e 50% dos valores pagos a título de tarifa de esgoto, nos últimos dez anos. Extraíam-se e remetam-se cópias destes autos à central de inquéritos do ministério público estadual, a fim de investigar eventual crime de natureza ambiental.

Precedentes do Eg. Tribunal de Justiça: 0025029-03.2012.8.19.0204 – APELACAO – DES. LUCIA HELENA DO PASSO – Julgamento: 07/05/2014 – 27ª CC/Consumidor. 0068426-08.2013.8.19.0001 – APELACAO – JDS. DES. MARIA TERESA PONTES GAZINEU –



Julgamento: 21/10/2014 – 27ª CC/Consumidor. 0075410-42.2012.8.19.0001 – APELACAO – DES. EDUARDO GUSMAO ALVES DE BRITO – Julgamento: 31/07/2014 – 16ª CC. 0012735-59.2011.8.19.0007 – APELACAO – DES. MARCELO LIMA BUHATEM – Julgamento: 21/10/2014 – 22ª CC.

Sem dúvida, a cobrança indevida por um serviço não fornecido, provoca transtornos e turbação psíquica que ensejam indenização extrapatrimonial, posto que a hipótese em tela é de dano moral derivado da própria prática ofensiva ao direito da parte, ou seja, dano moral *in re ipsa*.

Comprovado, portanto, o injusto constrangimento, torna-se passível de reparação pela via eleita, devendo a verba indenizatória ser arbitrada consoante os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, tal qual se orienta a jurisprudência pátria.

Também não pode ínfima a afastar seu caráter pedagógico punitivo, devendo ser considerado na hipótese as várias atitudes lesivas praticadas que causaram dano, a exemplo, a remessa indevida de carnê para pagamento de prestações oriundas de um contrato fraudulento.

Saliente-se que não há um critério legal pré-determinado para arbitramento da indenização, mas há critérios indicados pela doutrina e jurisprudência, dentre eles a capacidade econômica das partes, o objetivo compensatório e, até mesmo, segundo boa parte da doutrina, um componente punitivo, aplicação esta que, inclusive, bem se enquadra na presente demanda como meio de impulsionar a Concessionária de Serviço Público a adequar sua conduta aos ditames da boa-fé objetiva, assim evitando o engrossamento da fila de lesados que buscam no judiciário a reparação de seus danos, *in verbis*:

ACÓRDÃO – 0004384-60.2012.8.19.0202 – APELACAO – MARIA LUIZA DE FREITAS CARVALHO – VIGESIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR – AGRAVO INOMINADO. CONSUMIDOR. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. MAIS DE UMA UNIDADE E ÚNICO HIDRÔMETRO. COBRANÇA DE TARIFA MÍNIMA MULTIPLICADA PELO NÚMERO DE UNIDADES. DECISÃO DA RELATORA QUE CONFIRMOU A CONDENAÇÃO DA ORA AGRAVANTE AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE INDEVIDA RESTRIÇÃO CREDITÍCIA. Sem razão a recorrente, uma vez que a decisão monocrática está em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal, solidificada súmula nº 191, que enuncia ser incabível a aplicação da tarifa mínima multiplicada pelo número de unidades autônomas do

condomínio, na prestação do serviço de água e esgoto, e da Corte Superior, no mesmo sentido. Portanto, sendo incontroversa a cobrança da tarifa mínima multiplicada pelo número de unidades consumidoras, patente a ilegalidade, que se estende à restrição creditícia dela decorrente, dando ensejo à configuração de dano extrapatrimonial passível de reparação mediante pecúnia, a teor do verbete nº89, do TJRJ. Sobre o quantum indenizatório, teve por escopo a média de valores estabelecidos por este Tribunal e pelo STJ em hipóteses semelhantes, a merecer confirmação o decisum que assim o entendeu.

DESPROVIMENTO DO RECURSO

Em outra perspectiva, evidencia-se que o fornecedor do serviço de água, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa, impõe ao consumidor um relevante ônus produtivo indesejado por este, onerando indevidamente seus recursos produtivos, *in verbis*:

0460569-74.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO – DES. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA – JULGAMENTO 27/01/2014 – VIGESIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDO – APELAÇÃO CÍVEL – direito do consumidor prestação de serviços educacionais – rescisão do contrato – cláusula contratual que prevê a devolução de 50% da mensalidade aos alunos que efetuarem o cancelamento até o 15º dia após o início das aulas – autora requer a devolução de 50% de sua mensalidade, conforme previsto contratualmente, bem como indenização por danos morais – sentença de improcedência que merece reforma – A autora preenche as condições para ser ressarcida em 50% da mensalidade paga, sendo absolutamente indevida a sua retenção – aplicação do artigo 42 do CDC - devolução em dobro – A autora tentou diversas vezes, sem sucesso, resolver seu problema com a ré, que permaneceu inerte consumidora obrigada a ajuizar ação para reaver quantia a qual fazia jus – demora injustificada no reembolso – desvio produtivo do consumidor – dano moral configurado – quantum indenizatório que deve ser fixado de forma a atender aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade – condenação ao pagamento de R\$ 5.000,00 pelos danos morais causados à consumidora. Recurso, em parte, manifestamente procedente, aplicação do artigo 557, §1º-a, do Código de Processo Civil.

Precedentes deste Eg. Tribunal de Justiça: 0339091-65.2013.8.19.0001 – APELACAO – DES. SEBASTIAO BOLELLI – Julgamento: 17/07/2014 – 23ª CC/Consumidor. 0096992-64.2013.8.19.0001 – APELACAO – DES. ANDREA FORTUNA TEIXEIRA – Julgamento: 13/08/2014 – 27ª CC/Consumidor.

A existência do dano moral é evidente, pois a cobrança indevida, basta para gerar no consumidor o sentimento de angústia e ofensa à honra, que vai além do aborrecimento cotidiano, nesse sentido:

Verbete da Súmula nº 127 do TJRJ

“Para a configuração do abuso do direito é dispensável a prova da culpa”.

Ressalte-se que a fixação do *quantum* reparatório é questão delicada, ficando sujeita à ponderação, ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve buscar a solução mais adequada para o caso em exame, sempre observando o princípio da razoabilidade, pois inexistindo critérios determinados e pré-fixados para a quantificação do dano moral, é recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto.

A indenização por danos morais, nesta causa, visa reparar o dano causado pelo desserviço da Concessionária de Serviço Público, sendo certo que o valor imposto observou os parâmetros da razoabilidade, com fulcro no artigo 944, do CC.

Além disso, acrescenta-se que não pode o Poder Judiciário arbitrar valor que beiram a insignificância quando comparados as multas administrativas, sob pena de perder o sentido do punitivo-pedagógico da indenização por dano moral.

Não deve o Estado-Juiz ser permissivo com uma cobrança indevida, sob pena de subscrever e legitimar a irregularidade cometida pela Concessionária de Serviço Público, que enseja seu enriquecimento ilícito.

De acordo com abalizada jurisprudência do STJ, REsp nº 769.580/RS, o *quantum* indenizatório deve ser arbitrado a partir de um sistema bifásico, em que primeiramente se fixa o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Em um segundo momento, deve-se considerar as características do caso concreto, levando em conta suas peculiaridades.

No caso vertente, cabe ressaltar que o consumidor vem sendo cobrada mensalmente por um serviço que não é prestado na sua plenitude e que tal falha ocasiona um dano irreparável ao meio ambiente.

Entendemos que diante da repercussão fática do tema e dos efeitos de seu reconhecimento é imperiosa que deve ser aplicado ao caso a Teoria do dano reflexo ou

ricochete, eis que a situação do dano ambiental sofre reflexo na esfera da vida do consumidor/cidadão, *in verbis*:

DECISÃO MONOCRÁTICA 0029610-49.2012.8.19.0014 – APELAÇÃO Ementa ANTÔNIO CARLOS ARRABIDA PAES - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ÁGUAS DO PARAÍBA. ROMPIMENTO DE TUBULAÇÃO DE ESGOTO NA "LAGOA DO SAPO". MORTANDADE DE PEIXES E FORTES ODORES FÉTIDOS. ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM". OS DANOS AO MEIO AMBIENTE RELATADOS NA INICIAL ATINGEM A TODA COLETIVIDADE, SÃO, ASSIM, TRANSINDIVIDUAIS. EM OUTRAS PALAVRAS, OS DANOS AMBIENTAIS ULTRAPASSAM A ESFERA DO PARTICULAR, DA INDIVIDUALIDADE DE CADA UM NA COMUNIDADE, POIS O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO É DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS, PREVISTO NO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SENDO CLASSIFICADO COMO INTERESSE OU DIREITO DIFUSO, DE NATUREZA INDIVISÍVEL, DE QUE SEJAM TITULARES PESSOAS INDETERMINADAS E LIGADAS POR CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO (ARTIGO 81, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI Nº 8.078/90), OU SEJA, PERTENCE A TODOS DE FORMA SIMULTÂNEA E INDISTINTA, SOMENTE PODENDO SER DEFENDIDO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO PELAS ENTIDADES LEGALMENTE INVESTIDAS NESTA ATRIBUIÇÃO, CONFORME DISPÕE A LEI Nº 7.347/85 (LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA). PRECEDENTE DESTA AUGUSTA CÂMARA CÍVEL ESPECIALIZADA. NO TOCANTE AO DANO MORAL, INEXISTE NOS AUTOS QUALQUER PROVA DA OCORRÊNCIA DE FATO LESIVO A DIREITO DA PERSONALIDADE DA PARTE AUTORA. DOCTRINA. PRECEDENTES DO TJRJ. SENTENÇA QUE SE MANTÉM PELOS SEUS PRÓPRIOS E JUDICIOSOS FUNDAMENTOS. CONHEÇO DO RECURSO DE APELAÇÃO, PORÉM, NEGOLHE SEGUIMENTO, NA FORMA DO DISPOSTO NO ARTIGO 557, "CAPUT", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

#### 4. CONCLUSÃO

É lamentável e inaceitável impacto ambiental causado pelo lançamento dos dejetos sanitários não tratados, na natureza, o que somente ocorre porque não há vontade política por parte dos administradores públicos em dar efetividade ao processo de saneamento básico.

A omissão e o descaso de certos administradores públicos, que descumprem

reiteradamente diversas normas constitucionais relacionadas ao meio ambiente, sem que até hoje qualquer providência efetiva tenha sido tomada em detrimento de suas ações irresponsáveis.

De maneira que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que firmou o entendimento no sentido de que a efetiva realização de apenas uma das atividades previstas no artigo 9º do Decreto nº 7.217/10 (coleta, transporte, tratamento dos dejetos ou disposição final dos esgotos e dos lodos originários da operação de tratamento) caracteriza a prestação do serviço e autoriza a cobrança, não alcança os preceitos constitucionais de proteção ao meio ambiente e dignidade do cidadão/consumidor.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/044zZC>>. Acesso em 15 abril 2017.

Código Ambiental do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro0307.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/0a461ba2211e1bf6832572430058a542?OpenDocument>>. Acesso em .

Código de águas. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d24643.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm)>. Acesso em .

Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/10/baia-de-guanabara-volta-sofrer-com-despejo-de-lixo-e-agua-suja-no-rio.html>>. Acesso em .

Disponível em <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro1316.nsf/d08c1d300048019c0325775900523a3e/2495a0ae404fd1d803257b4f0057c64c?OpenDocument>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://www.tratabrasil.org.br/ranking-do-saneamento-2015>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://mapas.ibge.gov.br/tematicos/atlas-de-saneamento-2000.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://www.rj.gov.br/web/informacaopublica/exibeconteudo?article-id=1043524>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105684/08.AnexoVIIDiagnosticodo>>

SistemadeEsgotamentoSanitarioExistenteNaAreadePlanejamento5.pdf>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/blog-do-planeta/noticia/2016/01/vamos-continuar-lancando-esgotos-nos-rios-ate-pelo-menos-2054.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://rioonwatch.org.br/?p=7342>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://www.ibrac.org.br/Associados.aspx>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://www.comiteguandu.org.br/downloads/TESES%20DISSERTACOES%20E%20MONOGRAFIAS/DIAGNOSTICO%20AMBIENTAL%20DAS%20ATIVIDADES%20ODO%20POLO%20INDUSTRIAL%20DE.pdf>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <[http://cepej.com.br/wp-content/uploads/2015/10/XVI-REVISTA\\_CEPEJ.pdf#page=69](http://cepej.com.br/wp-content/uploads/2015/10/XVI-REVISTA_CEPEJ.pdf#page=69)>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7650/4382>>. Acesso em 02 set. 2017.

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, n. 874, p. 70-100, ago. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

GRECO, Marco Aurelio. Contribuições (uma figura sui generis). São Paulo: Dialética, 2000.

MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, v. 13, n. 52, p. 7-36, out.-dez. 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PETTER, Lafayette Josué. Direito econômico. 5. ed. atual. ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. 461 p. (Série Concursos)

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917  
Disponível em: <<https://goo.gl/BLfYW3>>. Acesso 17 abril 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Documentário “DISCURSO DE MARCIO EMMANUEL MOREIRA ALVES – 1968”.

Disponível em: <<https://goo.gl/k01j5K>>. Acesso em 17 abril 2017.

Documentário “DRAMATIZAÇÃO DO DISCURSO DO DEP. MARIO COVAS NO DIA 12.12.1968, ÀS VÉSPERAS DO AI-5”. Disponível em: <<https://goo.gl/IWRMPt>>. Acesso em 17 abril 2017.

XAVIER, Alberto. Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

GOMES, Luiz Flavio; Maciel, Silvio. Crimes Ambientais - Comentários À Lei 9.605/98 (arts. 1.º a 69-a e 77 a 82). 2011

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro, 13. ed. (2014).

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental, 8º. ed. (2010).

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out 1988.

\_\_\_\_\_, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Poder Executivo, Brasília, DF, 10 de Jan de 2002.

\_\_\_\_\_, Lei nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de Fev de 1998.

\_\_\_\_\_, Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Poder Executivo, Brasília, DF, 25 de Out de 1966.

\_\_\_\_\_, Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de Ago de 1981.

PEDROSA, Lúrico Alves Carvalho. Responsabilidade Civil Objetiva - Perspectivas diante do Exercício de Atividades de Risco e de Danos ao Meio Ambiente, 15. ed. 2011

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental 12ª ed. (2010).

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente, 6. ed. (2009).

SILVA, Danny Monteiro da. Dano ambiental e sua reparação. (2008).

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro, 21º ed. (2013).

Responsabilidade Civil do Estado Pelo Dano Ambiental, 2014, Mauro Faria de Lima Filho.