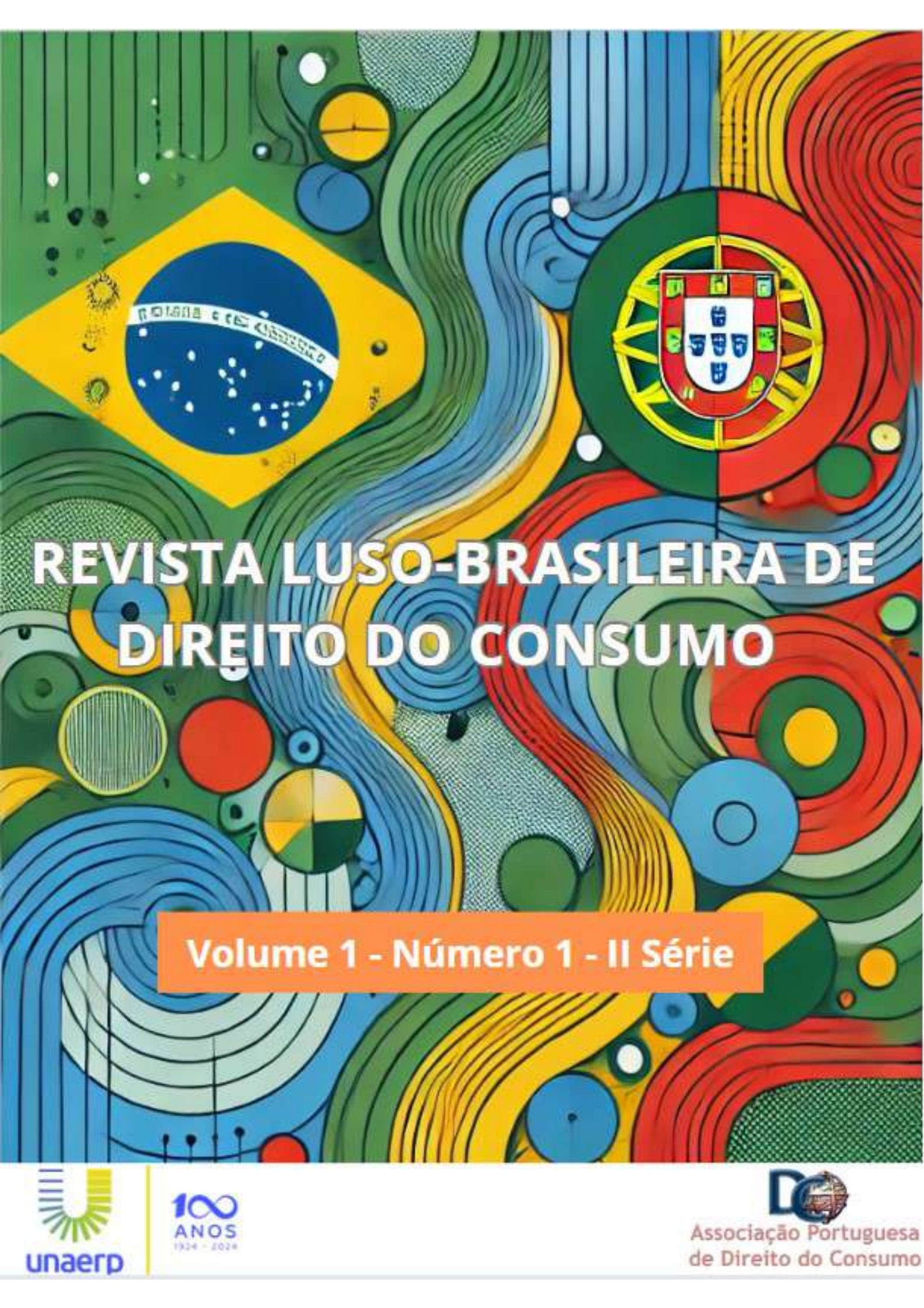




REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO

Volume 1 - Número 1 - II Série

Revista Luso-Brasileira de DIREITO DO CONSUMO

Presidentes do Conselho Diretor

Prof. Dr. Mário Frota (Portugal)

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira (Brasil)

Editores Responsáveis

Prof. Dr. Ricardo Reis da Silveira

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva

Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)

Associação Portuguesa de Direito do Consumo (apDC)

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo
Volume 1, II Série, outubro de 2024
Periodicidade: quadrimestral
Capa e projeto gráfico: Unaerp
Diagramação: Unaerp
Tiragem desta edição: Eletrônica
Local de publicação: Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil
Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)
Avenida Costábile Romano, 2.201
14096-900 Ribeirão Preto, SP, Brasil
(16) 3603-6754
jsilva@unaerp.br

[ficha catalográfica provisória]

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO – 2024.

Periodicidade quadrimestral.

Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

Presidentes: Prof. Dr. Mário Frota (Portugal) e Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira (Brasil).

Editores Responsáveis: Prof. Dr. Ricardo Reis da Silveira e Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva.

Formato eletrônico.

Circulação global.

ISSN 2237-1168

1. DIREITO – periódico. 2. DIREITO DO CONSUMO. Relação de Consumo – periódico. 3. CONSUMIDOR – periódico. 4. Doutrina. Jurisprudência. Pareceres – periódico. 5. DIREITO COMPARADO - periódico.

I. Título

Fundadores

Prof. Dr. Mário Frota (Coimbra – Portugal)
Dr. Edson Ferreira Freitas (São Paulo – Brasil)
Desembargador Joatan Marcos de Carvalho (Curitiba – Brasil)

Equipe Editorial

Conselho Diretor:

Presidentes:

Prof. Dr. Mário Frota (Portugal)
Prof. Sebastião Sérgio da Silveira (Brasil)

Vice-Presidentes:

Profª. Dra. Susana Almeida (Portugal)
Prof. Rafael Tomaz de Oliveira (Brasil)

Editores Responsáveis:

Prof. Dr. Ricardo Reis da Silveira
Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva

Comissão de Apoio Editorial:

Luiz Eugenio Scarpino Junior – Universidade de Ribeirão Preto
Luiz Felipe Machado Muraca – Universidade de Ribeirão Preto
Vitor Hugo Trindade Silva – Universidade de Ribeirão Preto

Conselho Editorial Brasil:

Ana Maria Moreira Marchesan
Ana Teresa Silva de Freitas - (UFMA)
Antonio Gidi –Universidade de Syracuse – NY (USA)
Clarissa Tassinari - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)
Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini - Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)
Georges Abboud – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa no Distrito Federal (IDP)
Gregório Assagra de Almeida – Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)
Jair Aparecido Cardoso – Universidade de São Paulo (FDRP/USP)
Juvêncio Borges Silva – Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)
Lênio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega - Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)
Paulo Valério Dal Pai Moraes
Rodrigo Monteiro Pessoa – Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)
Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Conselho Editorial Portugal/Europa:

Ana Filipa da Conceição (Universidade Politécnica de Leiria / apDC)
Ângela Frota (Ordem dos Advogados de Portugal / apDC)
Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota (Centro de Formação para o Consumo / apDC)
Cristina Rodrigues de Freitas (apDC / Centro de

Arbitragem de Conflitos de Consumo – Coimbra)
Fernando Gravato de Moraes (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Francisco Rocha (IDC / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
Guillermo Orozco Pardo (Facultad de Derecho de la Universidad de Granada - España)
Henri Temple (Centre du Droit de la Consommation – Université de Montpellier – France)
João Cardoso Alves (Ministério Público – Portugal)
José Luis Perez Serrabona (Facultad de Derecho de la Universidad de Granada - España)
Margarita Orozco-González (Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia - España)
Maria de los Ángeles Zurilla Cariñana (Universidad de Castilla La Mancha – España)
Marisa Dinis (Universidade Politécnica de Leiria / apDC)
M. Januário da Costa Gomes (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
Paulo Duarte (Ordem dos Advogados – antigo investigador do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra)
Paulo Ferreira da Cunha (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal)
Paulo de Moraes (Faculdade de Gestão da Universidade Portucalense do Porto)
Paulo Teixeira (Bastonário da Ordem dos Solicitadores / Universidade Politécnica de Bragança)
Rui Ataíde (Instituto de Direito do Consumo / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
Rute Couto (Universidade Politécnica de Bragança – apDC)
Susana Almeida (Universidade Politécnica de Leiria – apDC)
Susana Ferreira dos Santos (Universidade Politécnica de Bragança – apDC)

EDITORIAL PORTUGUÊS

Deus quer, o homem sonha, a obra nasce.
Deus quis que a terra fosse toda uma,
Que o mar unisse, já não separasse.
Sagrou-te, e foste desvendando a espuma,

E a orla branca foi de ilha em continente,
Clareou, correndo, até ao fim do mundo,
E viu-se a terra inteira, de repente,
Surgir, redonda, do azul profundo.

Quem te sagrou criou-te português.
Do mar e nós em ti nos deu sinal.
Cumpru-se o Mar, e o Império se desfez.
Senhor, falta cumprir-se Portugal!

Fernando Pessoa

“... o homem sonha, a obra nasce.”

E, na sua esteira, “projecto o melhor, espero o pior e... seja o que Deus quiser!”

A que projectos aspiraria um Homem do Direito, desapossado do seu chão natal por quantos escreveram a página mais negra da História de Portugal, no insuspeito dizer de António José Saraiva, príncipe das letras, mercê do ignominioso abandono colonial com epicentro na majestática Angola, em pleno ano de 1975?

A que projectos se consagraria na sua ânsia da edificação de uma Cidadania sem excluídos que a um deserdado da fortuna se poderia cometer?

A que aspirações poderia almejar no desassossego de um peregrinar errante por entre as paragens onde a língua de Camões estagiou, quando do Direito se tem a essência de salutares regras de convivência num reaproximar dos povos, num Código Universal que não sofreie nem estigmatize nem segregue nem retalhe em categorias nesta aspiração global de que a Dignidade informe o estatuto de todos e cada um pelas sete partilhas do Globo?

Na génese, a preocupação de um Direito acessível ao leigo ou profano, na esteira de um Jean Calais-Auloy, que a duras penas erigiu um segmento distinto na geografia do Direito com o aparar de agrestes arestas que estabelecem patamares de supra – infra ordenação e exercem implacavelmente uma sorte de poder soberano, no mercado, contra os súbditos que a tudo se sujeitam e tudo consentem nas desigualdades actuais que se cultivam e exacerbam...

Depois, sem excessos nem exageros, “um pequeno passo para o homem...”, na descodificação do Direito do quotidiano para o vulgo no Semanário “Tempo” editado em

Lisboa, em 1981, com os azedumes dos retrógrados dirigentes da Ordem dos Advogados que concebiam o direito como monopólio seu insusceptível de dessacralização por um herege que o pretendia acessível à generalidade.

De permeio, um sem número de iniciativas com o envolvimento dos estudantes de Direito e de Farmácia, em Coimbra, a fim de se desvendarem as rotas da vida e os embates com as realidades do mundo exterior à Velha Torre, símbolo dos Gerais desde 1577.

Em 1988, o Grande Congresso Mundial das Condições Geral dos Contratos e das Cláusulas Abusivas (Coimbra, Maio), sob a égide Jacques Delors, figura incontornável da construção europeia, com a animadversão de retrógrados e pretensos progressistas que aspiravam a um direito das cavernas com a imutabilidade da força bruta a execrar as mais lídimas aspirações à libertação dos que se acham a ferros por toda a parte.

Na sequência, para que dependências se não forjassem, o grito na edificação da AIDC – a Associação Internacional de Direito do Consumo, em redor da qual se congregaram os mais egrégios privatistas das sete partidas, arvorados em “jusconsumeristas” na nascente realidade para que Esther Petterson advertira Jonh Kennedy em 1962: os consumidores são o suporte do mercado, não há mercado sem consumidores, mas os consumidores estão a ferros por toda a parte, não são os senhores do mercado, antes seus dóceis escravos...

E os trabalhos preambulares do Código de Defesa do Consumidor do Brasil, com o buliço do Herman Benjamin, hoje grada figura da Magistratura Tupiniquim.

E a ideia de uma cooperação mais intensa com o Brasil, depois de, em sucessivas jornadas, se haver calcorreado as mais longínquas paragens do País-Continente, forjado no génio de uma lusitanidade empolada, levando a boa nova do Monumento de Cidadania que, não tardaria, surgiria em Setembro de 1990, como suprema exigência da Lei Suprema.

E as continuadas peregrinações ou em eventos sob a égide da AIDC/IACL ou em relevantes iniciativas dos Estados, das Universidades, das Escolas Superiores da Magistratura e do Ministério Público que se protraíram anos a fio.

E a ideia de um veículo susceptível de constituir o traço de união entre o nascente direito do consumidor e o titubeante direito do consumo, em afirmação crescente sob a égide de Montpellier com o *pater* Jean Caçlais-Auloy, e a que se associaram de seguida Bremen, com Norbert Reich, e Louvain-la-Neuve com uma jovem promessa, o Bourgoignie.

Para além do Instituto Luso-Brasileiro de Direito do Consumo, agregador de entusiasmos, com a plétora de iniciativas em Coimbra, na esteira da Associação Internacional. ou os eventos em catadupa que se desenvolveram multitudinariamente pelas exigências de um

Código revolucionário que se ofertou ao Brasil e às suas gentes, os estímulos à cooperação transbordaram.

E, após porfiados esforços, em casa de Edson Ferreira Freitas, professor da UNIP, de São Paulo, à Avenida Campinas, ter-se-ão delineado as linhas mestras de uma publicação do estilo, que mister seria se achasse um prestigiado editor que se dispusesse a assumir tão oneroso encargo.

Ante as dificuldades experimentadas em um mercado com a dimensão do da Capital Económica do Brasil, partilhámos com o Des. Joatan Marcos de Carvalho, comum amigo, domiciliado em Curitiba, tais agruras.

De pronto se mostrou disponível para encetar diligências nesse sentido: e, a breve trecho, descortinou uma respeitada editora paranaense, a BONIJURIS, de Luiz Fernando de Queiroz, que sem tergiversações se predispôs a assumir os pesados encargos de edição, associando uma livraria da terra, a JM Livraria e Editora, Ltd., para a necessária difusão pelo País. Com o patrocínio e o apoio institucional de conceituadas entidades da terra.

A JM Livraria e Editora, volvidos anos, dissociou-se, por ausência manifesta de dimensão, do propósito de prosseguir o indefectível esforço de difusão, o que sobrecarregou deveras a BONIJURIS, que detinha outros títulos, aliás, bem sucedidos, e neles concentrara as suas energias.

O Dr. Luiz Fernando de Queiroz, jurista distinto, acolhera o projecto da Revista Luso-Brasileira, como o fizera, de resto, de análogo modo com outras publicações, e nele se empenhou de modo denodado nos sete anos em que perdurou o esforço editorial.

Uma palavra de louvor e reconhecimento por uma tal gesta, a despeito das acrescidas responsabilidades de difusão para que em termos factuais escasseava dimensão à sua conceituada empresa.

O Dr. Luiz Fernando de Queiroz, hoje retirado das lides, continua a ser, para nós, o obreiro-mor, o homem do leme da nau-capitânia que soube intuir da relevância de uma publicação do estilo como incremento de uma cooperação inorgânica entre o Brasil e Portugal, intervindo nas actividades pedagógicas que a apDC – Direito de Consumo, desenvolvera em Cursos de Pós-Graduação professados em Coimbra, em que esteve sempre presente com um escol dos seus mais dilectos colaboradores.

A Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, em que tanto investiu, sem quaisquer resultados de índole comercial, e como denodado apego a uma ideia que à cultura jurídica de ambos os países cumpre reconhecer, a figura tutelar de Luiz Fernando Queiroz impor-se-á indelevelmente.

O Desembargador Joatan Marcos de Carvalho foi sempre a presença marcante “in loco” e tanto lhe deve também a Revista nos seus primeiros sete longos e laboriosos anos de vida...

Como poeta que é, destacado membro da Academia de Letras José de Alencar, de Curitiba, recordar-se-á decerto do Editorial em que se louvou esse glorioso tempo de edição e de fecunda cooperação nos versos que o Vate consagrara a” Jacob, pai de Raquel, serrana bela, que a ela só por prémio pretendia...”

A BONIJURIS, cumprida a missão, findara a notável cooperação em que empenhadamente se envolvera.

Outros rumos se abririam.

E foi pela mão do Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida, que conhecêramos há um ror de anos, em Minas Gerais, em relevantes funções ministeriais, que se excogitou, em parceria com a Universidade de Ribeirão Preto, a possibilidade de se dar continuidade a tão relevante quão entusiasmante projecto.

O Coordenador da Escola de Direito, Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira, hoje Magnífico Reitor da Universidade de Ribeirão Preto, abraçou a mãos ambas o projecto e tudo se concertou para que nas celebrações do Centenário da Vetusta Instituição se proceda ao lançamento da II série da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.

Nomes sonantes da jusconsumerística brasileira e portuguesa se perfilaram para preencher de forma notável esta edição de afirmação e continuidade. Outros, em razão de quefares inopinados e vicissitudes outras, não puderam marcar presença, o que muito se lamenta. Fá-lo-ão decerto em edições posteriores.

O Centro de Estudos de Direito do Consumo adstrito à sociedade científica apDC – Direito do Consumo, sediado em Coimbra, e o Curso de Pós-Graduação da Universidade de Ribeirão Preto dão-se as mãos para trazer a lume este veículo de cultura jurídica, dos novos direitos, e de aproximação de povos que partilham princípios e valores universais, na excelência dos seus trajectos e de uma História comum que há-de servir de alento a novos cometimentos.

A Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo servirá de suporte a tais aspirações.

Praza a Deus que tão radiosa cooperação floresça em múltiplos domínios. Disso colherão os povos inegáveis vantagens!

Deus guarde o Brasil!

Deus abençoe os seus amados filhos, do Óiapoque ao Chuí, e os que na diáspora honram as suas tradições centenárias.

Mário Frota
Centro de Estudos de Direito do Consumo, Coimbra, Outubro de 2024

EDITORIAL BRASILEIRO

É com grande entusiasmo que anunciamos a continuidade da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo sob o auspício de uma parceria que atravessa o Atlântico, agora publicada pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), em colaboração com a Associação Portuguesa de Direito do Consumo, capitaneada pelo renomado Prof. Dr. Mário Frota.

A responsabilidade de dar seguimento a uma publicação com tamanha tradição e relevância traz consigo desafios significativos. A manutenção do alto padrão de qualidade das edições anteriores, que sempre foram um marco de rigor acadêmico e profundidade intelectual, exige de nós um compromisso inabalável com a excelência. É nosso dever preservar o legado desta revista, consolidando-a como um espaço de referência no estudo do Direito do Consumidor, enquanto expandimos os horizontes para incorporar novos olhares e perspectivas.

Este desafio, contudo, é acolhido com aquilo que melhor define o espírito acadêmico e humano: a amorosidade. Como bem nos ensina a etimologia do termo, amorosidade é o que move e impulsiona a vida, conectando pessoas, ideias e projetos. Essa força vital é, sem dúvida, o que nos permite enfrentar os desafios e transformar a continuidade em inovação, mantendo viva a essência de uma publicação tão importante.

No campo do Direito do Consumidor, o estudo constante é imperativo. Em um mundo em acelerada transformação — impulsionado por avanços tecnológicos, mudanças sociais e globalização — as relações de consumo se tornam cada vez mais complexas, demandando respostas ágeis e fundamentadas. Questões como a sustentabilidade, a proteção de dados, os direitos digitais e os desafios da economia globalizada impõem uma reflexão crítica e contínua, capaz de alinhar o Direito às novas realidades que se apresentam.

A Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo busca ser um farol nesse processo, iluminando as nuances e tensões de um Direito que, antes de tudo, é um instrumento de cidadania e justiça. Ao oferecer um espaço para o diálogo entre pesquisadores, operadores do direito e sociedade civil, reafirmamos nosso compromisso com a construção de uma ciência jurídica que não apenas interpreta as relações de consumo, mas também contribui para transformá-las em algo mais justo, ético e sustentável.

Convidamos a comunidade acadêmica e profissional a embarcar conosco nesta nova fase, trazendo suas reflexões, pesquisas e contribuições para que, juntos, possamos não

apenas preservar, mas engrandecer o legado desta publicação. Que a amorosidade continue a nos guiar e que o Direito do Consumidor siga sendo uma fonte inesgotável de estudos, debates e soluções para um mundo em constante mudança.

A todos os leitores, autores e colaboradores, nossa mais sincera gratidão e boas-vindas a este novo capítulo.

Ribeirão Preto (SP), outubro de 2024.

Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da
Universidade de Ribeirão Preto

APRESENTAÇÃO

Como Reitor da Universidade de Ribeirão Preto, tenho a honra de apresentar a Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, uma iniciativa fruto da parceria entre nossa universidade e a Associação Portuguesa de Direito do Consumo. Esta publicação representa a união de esforços entre Brasil e Portugal na busca pelo fortalecimento e avanço do Direito do Consumidor em um contexto global marcado por rápidas transformações tecnológicas, econômicas e sociais.

Vivemos em uma era em que a tecnologia redefine constantemente as relações de consumo. A economia digital, o comércio eletrônico, a proteção de dados e privacidade, a economia de compartilhamento, a inteligência artificial e a sustentabilidade são temas que emergem como centrais no cenário atual. Esses desafios exigem de nós, especialistas em Direito, uma abordagem reflexiva e dinâmica para garantir que a legislação acompanhe essas evoluções e continue a proteger eficazmente os direitos dos consumidores.

Uma reflexão aprofundada sobre esses temas permite que nos mantenhamos atualizados e capazes de identificar lacunas legais, propondo soluções inovadoras que antecipem problemas futuros. É essencial equilibrar a promoção da inovação tecnológica com a necessária proteção aos consumidores, assegurando que o avanço não comprometa direitos fundamentais. Além disso, ao pensarmos criticamente sobre como essas mudanças afetam diversos grupos sociais, promovemos a inclusão e garantimos que os direitos de todos os consumidores, especialmente os mais vulneráveis, sejam protegidos.

Nesse contexto, a Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo ressurgiu como um espaço essencial para a disseminação de conhecimentos atualizados, fomentando o debate acadêmico e profissional e influenciando positivamente a formação de políticas públicas. Por meio dela, estimulamos a pesquisa e a inovação, incentivando estudos que exploram novas áreas e propõem soluções para os desafios emergentes. Além disso, fortalecemos o intercâmbio internacional de conhecimentos, promovendo a cooperação entre juristas brasileiros, portugueses e de outras nações, em prol de uma proteção ao consumidor mais harmonizada globalmente.

Convidamos pesquisadores, profissionais, estudantes e todos os interessados no Direito do Consumidor a contribuir com esta iniciativa. Suas participações serão fundamentais para enriquecer o debate e promover o desenvolvimento de um Direito do Consumidor robusto,

inclusivo e alinhado com as necessidades de uma sociedade em constante evolução. Acreditamos que a colaboração entre nossas instituições e a participação ativa da comunidade jurídica serão determinantes para enfrentar os desafios atuais e futuros, promovendo uma sociedade mais justa e equilibrada.

A Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo será, sem dúvida, uma fonte valiosa de conhecimento e inspiração para todos aqueles comprometidos com a defesa dos direitos do consumidor. Esperamos que esta publicação sirva como um instrumento eficaz na promoção da justiça, na educação e na conscientização sobre a importância vital do Direito do Consumidor em nosso cotidiano.

Cordialmente,

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
Reitor da Universidade de Ribeirão Preto

APRESENTAÇÃO DA I SÉRIE

As relações humanas, como sabemos, nem sempre refletem uma desejável harmonia social e um elevado padrão ético de inter-relacionamento. Contudo, nos últimos tempos, notadamente a partir da segunda metade do século vinte, a comunidade internacional tem se direcionado no sentido de estabelecer e consolidar padrões socioculturais normativos que melhor se coadunem com o atual momento civilizatório.

Nos fóruns internacionais mais relevantes estas questões se apresentam pacificadas, uma vez que se convencionou ser a expressão da cidadania, em toda sua extensão, pressuposto fundamental da democracia. Por outro lado, a interiorização e a transposição dos consectários decorrentes desses direitos para o dia a dia das relações sociais não é de fácil compreensão e atendimento como haveria de se supor.

Neste espaço conflituoso, em que esta miríade de interações se processa, vicejam as leis do consumo – e, quiçá, seja neste lócus que se dê com maior ênfase a afirmação da cidadania. Fazer com que estas relações permaneçam cidadãs, e em conformidade com as disposições assentadas pelos princípios fundamentalmente aceitos e fixados pelos mais altos organismos internacionais, é tarefa daqueles que se dedicam ao estudo, divulgação e defesa do consumidor, em todos os níveis.

No velho continente, a Associação Portuguesa de Direito do Consumo (apDC) desenvolve há muitos anos, de forma pioneira e distinguida, gestões no sentido de harmonizar e tornar salutar as relações de consumo em Portugal e na União Europeia. Uma de suas iniciativas, a Revista Portuguesa de Direito do Consumo, vem de completar dezesseis anos de publicação trimestral ininterrupta.

O presidente da apDC, professor Mário Frota, conhecido de norte a sul do país por suas inumeráveis palestras e conferências, encontrou ambiente propício para a edição da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo ao associar-se, para tanto, com o Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, que há vinte e dois anos publica a qualificada Revista Bonijuris, e a JM Editora, tradicionais casas editoras paranaenses.

Os idealizadores deste novo periódico entendem que o momento é adequado para que se estabeleça um intercâmbio entre os avanços do direito do consumo que se avultam no continente europeu e o crescente aumento das equações de consumo no Brasil. Avaliam, também, oportuno o estabelecimento de um fórum privilegiado, tanto para autores estrangeiros como para a produção doutrinária nacional.

A Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, mesmo antes do seu lançamento, vem recebendo importante apoio institucional, tanto de entidades brasileiras como internacionais. Com vista a preencher mais um importante espaço na esfera do direito, em atenção a todos quantos têm interesses voltados para o direito do consumo, é que destinamos esta publicação.

Joatan Marcos de Carvalho
Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

EDITORIAL DA I SÉRIE

A ideia de uma revista do jaez da que ora se dá à estampa é fruto de um diálogo de há muito encetado com magistrados de distintos graus de jurisdição e jusconsummeristas de nomeada, no quadro da cooperação institucional que vimos entretecendo, no Brasil, há cerca de um quarto de século.

Desta feita, a persistência de um destacado magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o desembargador Joatan Marcos de Carvalho, de cuja amizade privamos há cerca de uma década, na sequência de uma profícua jornada de estudo que empreendeu em Coimbra, desembocou no projeto que se concretiza com o primeiro número da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.

Hesitou-se entre Revista Europeia, Revista Portuguesa (edição brasileira) e Revista Luso-Brasileira. Optou-se pelo título ora adotado, na convicção de que tal não afetarà o conteúdo da publicação.

Os direitos nacionais, na União Europeia, são fortemente subsidiários da obra legislativa, regulamentar e administrativa editada no seio das instâncias legiferantes, a saber, do Parlamento Europeu, do Conselho da União e da Comissão Europeia. Daí que o direito português espelhe, no geral, o que o ordenamento da União segrega normativamente. Tanto no que tange às directivas, que – para valerem na ordem interna – carecem de uma lei de transposição mediante impulso do legislador nacional, como dos regulamentos que se incorporam no acervo normativo direta e imediatamente, sem necessidade, pois, de qualquer intermediação dos parlamentos ou dos governos nacionais.

As directivas apresentam-se, porém, com peculiaridades que importa realçar:

as directivas-quadro impõem um regime de harmonização máxima, o que as aproxima dos regulamentos, uma vez que os Estados-membros não poderão dispensar níveis de proteção mais elevados;

as directivas-minimalistas estabelecem um patamar de tutela, abaixo do qual não é lícito aos Estados-membros que legislem, podendo, no entanto, oferecer aos seus nacionais e aos que ao seu território se dirijam níveis de proteção superiores aos estatuídos na União;

as directivas-híbridas, em que se coenvolvem, a um tempo, regras de harmonização global e outras de pendor minimalista: as de harmonização máxima são insuscetíveis de incumprimento; as minimalistas poderão ser objeto de superação, desde que ofereçam níveis mais elevados de proteção.

Os regulamentos, como se assinalou, postulam um direito uniforme, que vigorará no Espaço Económico Europeu ou no da União Europeia, de Oulu, na Finlândia, a Olo, em Portugal, e de Brest, em França, a Bucarest, na Roménia, sem tergiversações de qualquer espécie. Daí que, no seu conteúdo, se haja de privilegiar o ordenamento europeu de consumidores pelas implicações diretas na conformação do ordenamento luso, estimulando-se a investigação que neste particular se empreender, em especial no confronto entre a realidade europeia e a brasileira.

Ponto é que se interesse o maior número possível de especialistas a que promovam a investigação no domínio da comparação dos direitos de molde a concorrerem para um aperfeiçoamento cada vez maior do direito do consumo (consumidor) e para que se alcance, *urbi et orbi*, índices mais elevados de proteção em cada uma das sete partidas do globo.

Ante o franco desenvolvimento do direito do consumidor no Brasil, curial será esperar que os que se consagram a tão progressivo ramo contribuam de forma inequívoca para o estreitamento da cooperação e o conhecimento recíproco das realidades numa e noutra das ribas do Atlântico – em homenagem a interesses e direitos dos cidadãos-consumidores de ambos os países da Comunidade de Povos da Língua Portuguesa.

Coimbra e Villa Cortez, março de 2011

Mário Frota
Presidente do Conselho Diretor

SUMÁRIO

Apresentação

Editorial	1

Artigos

1. Direito do Consumo

Autor: Joatan Marcos de Carvalho	18

2. Código de Defesa do Consumidor e Ação Coletiva: Legitimação da Associação na Condição de Substituta Processual – Tutela Coletiva dos Interesses Individuais Homogêneos

Autor: Kazuo Watanabe	23

3. A Livre Desvinculação do Consumidor na Contratação à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial

Autor: Carlos Lacerda Barata	38

4. As Recentes Inovações da Lei das Condições Gerais dos Contratos em Portugal

Autor: Mário Frota	80

5. Da Responsabilidade Civil à Responsabilidade por Danos: Fundamentos para a Mudança de Como Compreender o Instituto

Autor: Pablo Malheiros da Cunha Frota	108

6. O Direito ao Reembolso e o Sistema de Saúde Suplementar Brasileiro

Autor: Altair Guerra da Costa	133

7. Prestações aos Cuidados de Saúde Privados: Enquadramento Jurídico da Delimitação Positiva e Negativa aos Consumidores em Portugal e no Brasil

Autor: Marlus Riani	160

8. A Proteção da Criança e do Adolescente no Brasil Frente à Publicidade Voltada ao Consumo de Bebidas Alcoólicas	
Autores: Augusto Tanger Jardim, Fernanda Nunes Barbosa	176
9. A Publicidade e os Menores em Portugal: Uma Perspectiva sobre as Normas Laborais e de Consumo	
Autores: Paulo Ventura, Rute Couto, Susana Ferreira dos Santos	195
10. A Proteção do Consumidor Estudante nos Contratos de Serviços Educacionais pelas Instituições de Ensino Privado em Angola	
Autor: Ângelo Major da S. Denho	230
11. O Direito do Consumidor à Informação nas Vacinas de COVID-19: Uma Visão sob a Ótica Jurídica e da Epistemologia Científica	
Autor: Daniel Antônio de Aquino Neto	246
12. Direito ao Esquecimento e Direito à Desindexação: Uma Análise das Propostas de Reforma do Código Civil de 2002	
Autores: César Fiúza, Victoria Grangeiro Kafuri	272
13. A Inadequação da Inserção do Serviço Notarial Dentre as Relações Consumeristas: Uma Questão de Finalidade	
Autores: Juliano Ralo Monteiro, Carla Thomas	304
14. A Problemática do Consumo de Crédito no Brasil	
Autor: Áurea Lisboa	322
15. O Consumidor Superendividado e os Programas Municipais de Proteção e Defesa do Consumidor: Uma Visão Prática Posterior à Aplicabilidade da Lei 14.181/21 e os Reflexos na Esfera Judicial	
Autores: Márcia Regina Moro da Rocha, Carolina Salbego Lisowski, José Antonio de Azevedo Gomes	342

16. Mediação e Conciliação no Apoio aos Consumidores Sobre-endividados: Abordagens de Resolução Alternativa de Conflitos	
Autor: Michele Alexandra Rodrigues da Costa	359
17. A Conciliação Conjugada com a Mediação na Abordagem do Superendividamento: Além da Dimensão Resolutiva do Conflito	
Autor: Ricardo José Souto Maior Borges	380
18. Meios Alternativos para Solução de Conflitos de Consumo e a Pretensão Resistida	
Autor: José Geraldo Brito Filomeno	404
19. Uso Ineficiente das Plataformas Online de Reclamações e Gestão de Conflitos de Consumo no Brasil: Uma Avaliação Crítica	
Autor: Igor Rodrigues Britto	426
20. O Poder Judiciário e a Proteção do Consumidor Diante dos Golpes Virtuais	
Autor: Fábio Torres de Sousa	440
21. Os Jogos de Azar e Apostas Eletrônicas e os Desafios para Defesa do Consumidor no Brasil	
Autor: Ricardo Morishita Wada	463
22. Inteligência Artificial: Dos Sistemas Proibidos aos de Elevado Risco	
Autor: Mário Frota	481
23. La Responsabilidad Civil y Nuevas Tecnologías: Protección de Datos e Inteligencia Artificial	
Autores: Margarita Orozco González, Guillermo Orozco Pardo	505
24. Inteligência Artificial e Pensamento como Bem Juridicamente Tutelável: Neurodireito Fundamental à Liberdade Cognitiva	
Autores: Guilherme Magalhães Martins, Guilherme Mucelin, Lícia Souza d'Aquino	534

25. O Uso da Inteligência Artificial nas Eleições do Brasil: A Perspectiva Otimista, Pessimista e Realista

Autores: Adriana Rossini, Newton de Lucca, Renata Capriolli Zocatelli Queiroz 549

26. Os Impactos da Supervigilância Algorítmica nas Relações de Consumo e o Direito Fundamental de Escolha na Sociedade do Cansaço

Autores: Luca Rossato Laimer, Rogério da Silva 569

27. Responsabilidade das Pessoas Coletivas e Singulares por Contraordenação no Regime Jurídico das Contraordenações Econômicas (RJCE)

Autor: Gonçalo S. de Melo Bandeira 582

28. Compensa Ser uma Empresa Racista no Brasil? Análise do Quantum Indenizatório de Dano Moral Aplicado pelo Poder Judiciário Traz Indesejáveis Constatações: É Preciso Agir!

Autor: Jonas Sales Fernandes da Silva 604

29. Ainda sobre a Inversão do Ônus da Prova

Autores: Werson Rêgo, Renato Porto 631

Pareceres

1. Do Regime Jurídico dos Pagamentos em Numerário

Autor: Alberto Ribeiro de Almeida 664

2. Da Subrogação das Prerrogativas Processuais dos Consumidores em Relação à Seguradora em Razão de Indenização de Sinistro

Autor: Instituto Brasileiro de Direito Processual 664

Jurisprudência Seleccionada

1. Da Responsabilidade Médica

Autor: Paula Leal de Carvalho 700

2. Da Subseguro – Contrato – Seguro de Vida

Autor: Maria Clara Sottomayor	703
3. Contrato de Seguro – Contrato de Adesão – Dever de Informação	
Autor: Maria da Graça Trigo	705
4. Publicidade de Alimento à Crianças – Abusividade – Venda Casada	
Autor: Humberto Martins	709
5. Danos Morais – Arquivos de Crédito – Credit Scoring	
Autor: Raul Araújo	711
6. Comodato – Equipamentos de Prestação de Serviço de TV e Internet – Responsabilidade Integral do Consumidor – Abusividade	
Autor: Humberto Martins	713

DIREITO DO CONSUMO¹

Joatan Marcos de Carvalho²

ABSTRACT

Brief considerations on the evolution of consumer relations and the advent of new consumer protection strategies.

Que direito é esse? Não tem a menor importância! Por acaso importa saber se os direitos de personalidade são direitos civis ou constitucionais? Essa questão perolou discussões entre juristas, máxime portugueses, por algum tempo; como sabemos Canotilho e os constitucionalistas em favor do prestígio hierárquico que deve haver em relação à importância do bem jurídico considerado. Motta Ribeiro e outros tantos alinhados com a topologia e a precedência histórica da proteção jurídica da personalidade. (Revista Judiciária do Paraná, #1, pág. 53).³

O Código de Defesa do Consumidor já caminha para além da terceira década, desde que foi formada a comissão que o elaborou com a participação e ilustres juristas, entre eles os Professores Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques, Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover. Não se desconhece, mesmo porque foi de grande importância, a participação do Professor Mário Frota, que privava do respeito, consideração e amizade dos membros daquela comissão de alto nível.

Parece não pairar dúvida que o Código de Defesa do Consumidor, sem qualquer dissenso relevante, é uma das mais importantes elaborações legislativas dos tempos atuais. Entretanto, a despeito de sua importância como norma de conduta, importa saber de sua efetividade, de sua real aplicabilidade: por isso o questionamento inicial.

¹ Sempre procurei utilizar a nomenclatura portuguesa: Direito do Consumo em vez de Direito do Consumidor, por ser mais ampla e adequada.

² Desembargador jubilado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Foi Diretor Geral da ESEJE – Escola dos Servidores da Justiça Estadual, no período 2019/2020. É o atual Diretor da Revista Judiciária do Paraná. Formado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, turma 1980, foi advogado militante e Diretor Penal da Penitenciária de Florianópolis-SC. Foi Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina. Concluiu a pós-graduação em - Direito do Estado pela UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina (1982) e em Direito da Comunicação e Estudos Europeus pela Universidade de Coimbra (2004). Especializou-se em Direito Público pela Escola da Magistratura do Paraná (2012) e concluiu o CAEPE - Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia, na ESG - Escola Superior de Guerra, no Rio de Janeiro (2013). É o atual Vice-Presidente da ALJA – Academia de Letras José de Alencar e Presidente do OCP – Observatório da Cultura Paranaense.

³ No # 1 da RJP o Professor Mário Frota foi colaborador com o artigo: Direito do Consumo e Práticas Negociais, pág. 11.

Por certo houve avanços nestas últimas décadas, desde o surgimento no país da legislação consumeristas, mas, são modestos e, para se ser preciso, de pequena relevância, se considerarmos a avassaladora modalidades de artifícios e fraudes a curvar a retilínea disposição legal. Cito a “reduflação”, para ficarmos apenas num exemplo de “prateleira”⁴

Lamentável que o ingente esforço de tantos estudiosos, juristas, legisladores e aplicadores do direito, não tenha logrado, até o presente, um mais amplo e merecido avanço no trato das questões consumeristas, tanto para seus objetivos pessoais, como para os combalidos consumidores, vítimas de um complexo sistema de subterfúgios e do arraigado hábito de descumprir deveres, presente nas relações sociais.

Cabe neste ponto especial referência ao trabalho do Professor Mário Frota, ao meu ver o maior corifeu do Direito do Consumo, com intervenções de alto nível nos meios acadêmicos; mas, igualmente, através dos jornais, rádios e televisões e também por meio de suas brilhantes palestras. Seu trabalho e seus ensinamentos não se circunscrevem somente à Europa e à América Latina vez que, por seus alunos admiradores e seguidores, seu exemplo e as suas lições circulam de maneira global.

Dentre tantos outros meritoriosos estudiosos do Direito do Consumo, não me permito olvidar da Professora Cláudia Lima Marques que desenvolve um trabalho acadêmico brilhante e entre as ações sociais que exercita, se destaca seu envolvimento na seara legislativa, especialmente no que se refere ao “superindividamento”.⁵

Voltando ao foco: tem ou não tem importância o Direito do Consumo? É claro que tem. Não há dúvida que a especialização do Direito do Consumo vem a ser uma conquista social e provavelmente uma das maiores proteções jurídicas que se erigiu nas últimas décadas. Arrisco afirmar que o Direito do Consumo é atualmente a principal ferramenta de estabelecimento de um real e indiscutível avanço da cidadania.

Reconhecendo-se a importância do Direito do Consumo e a sua magnitude, porque então o questionamento inicial? Como já mencionado, a indagação refere-se à sua efetividade; como é sabido, pode-se ter a melhor norma e, ainda assim, não se ter uma satisfatória aplicabilidade. A meu ver é isto que ocorre com o Direito do Consumo, que de resto é o mesmo que ocorre presentemente com os demais ramos do direito.

⁴ Reduflação é uma estratégia comercial que consiste na redução do tamanho ou da quantidade de um produto, enquanto o preço permanece o mesmo ou aumenta. A reduflação pode afetar significativamente o consumidor, especialmente no caso de produtos alimentícios e de higiene pessoal.

⁵ Para a jurista e professora Claudia Lima Marques, o superendividamento é um fenômeno social, econômico e jurídico que afeta a dignidade humana e a sobrevivência do consumidor.

Tradicionalmente a efetividade da aplicação do direito estava vinculada à elaboração da norma – legislativo; fiscalização de sua observância – executivo; e à fixação de sua correta aplicação – judiciário. Agora, além destas, a “globalização das relações comerciais” traz questões com maiores complexidades e como se observa, nem sempre em prol de uma melhor relação consumerista.

Por certo, não se tem por objetivo adentrar-se nesta complexa e multifária universalidade de relações; mas, basta aludir à impessoalidade das contratações, à descentralização de atendimento às reclamações e às propositais dificuldades de acesso aos meios de soluções aos conflitos.

Impera uma impessoalidade alienante, tanto na contratação como nos demais desdobramentos da relação consumerista; costumeiramente o usuário é instado a concordar com os termos contratuais, mas, se discordar encerra-se a negociação. Essa é a prática usual e não só empresarial, mas, igualmente praticada pelos órgãos públicos; a automatização generalizou-se sempre de forma prejudicial ao consumidor.

No passado recente havia a preocupação em proteger o consumidor das técnicas de mercantilização; é para isso que corretamente se instituiu o prazo de devolução do produto⁶; norma, todavia vigente; mas, presentemente o consumidor está sujeito a complicados algoritmos que permitem ao fornecedor saber das intenções e desejos mais íntimos de praticamente todos aqueles que estejam utilizando as “redes”, o que desequilibra sobremaneira a relação.

Certamente, como se sabe, esta é uma prática antiga; há mais de duas décadas a CAMBRIDGE ANALITICA foi acusada de roubar dados de 50 milhões de usuários das redes de comunicação. Dados que teriam influenciado a eleição americana.

Se isto vem se tornando de amplo domínio agora, nenhuma novidade havia já que SOLOVE, Daniel, J.⁷ nos informava *in* “The Digital Person and The Future of Privacy” que: “A companhia CATALINA DE MARKETING com sede na Florida possuía, já então, um banco de dados com histórico de mais de 30 milhões de clientes em mais de 5000 lojas.”

PRISM – Prism é um programa de vigilância americano da NSA que é usado para coletar dados que foi mantido em segredo desde 2007 até 2013 quando foi revelado por Edward

⁶ O artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece que o consumidor tem um prazo de 7 dias para desistir de uma compra realizada fora do estabelecimento comercial. Esse direito aplica-se a compras feitas por telefone, online ou por outras formas não presenciais.

⁷ Strandburg, Katherine et Raicu, Daniela Stan in *Privacy and Technologies of Identity – A Cross-Disciplinary Conversation*; Springer, 2006.

Snowden. MOSAICO – Mosaico é um programa utilizado pela ABIN que coleta dados de usuários do facebook (Meta), twitter, Instagram e Whatsapp.

Evidentemente, nada disso é recente e, de fato, por demais consabido; a alusão é para que seja percebida a dimensão dos avanços já então alcançados pelos fornecedores, que se avolumou nestes anos e que se projeta gigantescamente com as impressionantes possibilidades que é facultada pela inteligência artificial.

As transações feitas pelas redes vêm se avolumando num crescente de forma global, sendo a China considerada o país com o percentual mais elevado de transações pelas redes. O gráfico mundial aponta uma curva quase retilínea, ou seja, o crescimento vem se mantendo nos mesmos índices na última década e se projeta para a próxima de igual forma.⁸

De maneira muito sucinta e com apoio em poucos elementos, até porque é desnecessário muito mais, este é o quadro que representa o atual momento e sua projeção para o futuro das relações de consumo.

As *big techs* são tão poderosas que representam ameaças reais até mesmo a muitos Estados Nacionais; suas sedes são móveis e sediadas em mais de um país; seus interesses abrangem desde o controle social dos cidadãos, até seus mais íntimos modos de vida. A população da grande maioria dos países está sujeita aos medicamentos e equipamentos médicos (para aludir apenas a um seguimento) produzido por grandes conglomerados empresariais, usualmente associados a interesses econômicos comuns.

Inexiste qualquer dúvida que muitos Estados Nacionais não estão habilitados ou, ao menos, são pouco habilitados a fazer face a desmandos de qualquer ordem; e, em alguns casos, parece não haver qualquer interesse em obstar o curso dos acontecimentos.

Muito bem. Isto posto, e não vejo como possa haver divergência de que este é o caso, específico: O consumidor vem reiteradamente sendo sujeito de descumprimento das disposições legais que deveriam protegê-lo e tampouco são funcionais os mecanismos legais que deveriam socorrê-lo. E mais, o futuro se apresenta com indícios veementes de que os abusos e desmandos tendem a crescer.

Há só uma maneira de enfrentar o problema da proteção do consumidor. Continuar o que vem sendo feito, por todos aqueles que se dedicam seriamente ao estudo e à prática do Direito do Consumo.

⁸ <https://www.statista.com/statistics/379046/worldwide-retail-e-commerce-sales/> - Para citar apenas um dado, já que a matéria não é contraditória.

E, certamente, melhores resultados serão obtidos se forem utilizados os meios informáticos existentes, como forma de atingir e conscientizar o consumidor, os fornecedores e as autoridades responsáveis.

Naturalmente é preciso que haja seriedade no trato da matéria, é preciso solidificar as instituições e para isso é preciso amadurecer o consumidor, levando-o a crer que é verdadeiramente senhor de seus direitos; para que compreenda que os seus inalienáveis direitos/deveres são os elementos de constituição de sua cidadania.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AÇÃO COLETIVA: LEGITIMAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTA PROCESSUAL – TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Kazuo Watanabe¹

SUMÁRIO

I – Código de Defesa do Consumidor e sistema brasileiro de Ação Coletiva; II – Extrema importância da legitimação da associação para ação coletiva; III – Legitimação da associação a título de representação e a título de substituição processual: - a) - Dois julgamentos do Supremo Tribunal Federal (RE 612.043-PR e RE 573,232-SC) concluindo que o art. 5º, XXI, da Constituição Federal consagra o instituto da representação processual; b) - Nesses dois julgamentos, o STF não negou a possibilidade da associação civil agir na condição de substituta processual; IV - Possibilidade de disciplina da substituição processual pela legislação ordinária; V - Dificuldades práticas relacionadas à ação coletiva de tutela de interesses individuais homogêneos; a) conceito de direitos individuais homogêneos; b) sentença “condenatória genérica”; VI – Projeto de lei n. 1.641/2021 e aperfeiçoamento do sistema brasileiro de ações coletivas

I) CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O SISTEMA BRASILEIRO DE AÇÃO COLETIVA

1. Uma das grandes transformações do direito processual brasileiro ocorreu na década 1.980 com a criação da ação coletiva de caráter geral. Inicialmente, para a tutela de **interesses difusos** (Lei de Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85) e posteriormente, em 1.990, também para a tutela coletiva de **interesses coletivos estrito senso** e de **interesses individuais homogêneos** (Código de Defesa do Consumidor - CDC - Lei n. 8.078/90, arts. 81 – 104).

Por disposição legal expressa (art. 80, CDC e art. 21, Lei n. 7.347/85), os dois estatutos legais se completam e formam o **microssistema de ações coletivas** do ordenamento jurídico brasileiro.

O Código de Defesa do Consumidor, em 1990, não se limitou a criar as mencionadas duas espécies de tutela coletiva e respectivo procedimento, mas cuidou também de disciplinar vários outros aspectos relevantes da ação coletiva, como (i) conceituação dos direitos e interesses difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos (o que fez com

¹ Professor-Doutor Sênior da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

o objetivo pragmático de facilitar a aplicação do novo sistema legal pelos operadores do direito), (ii) competência, (III) coisa julgada e (iii) explicitação do princípio do cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer.

II) IMPORTÂNCIA DA LEGITIMAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO PARA AÇÃO COLETIVA

2. Em ambos os estatutos legais ficou prevista a legitimação da associação que “*esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil*” e:

Inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Art. 5º, Lei 7347/85).

No Código de Defesa do Consumidor, que é posterior à Constituição Federal de 1.988, a legitimação da associação foi reafirmada nos mesmos termos, mas com pequena alteração de redação. O lapso temporal de um ano de existência foi mantido, bem como a finalidade institucional de defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, mas foi acrescentado que é “*dispensada a autorização assemblear*”. Essa última ressalva foi inscrita para deixar claro que a hipótese é de **substituição processual**, e não de **representação**, que é disciplinada no art. 5º, n. XXI, da CF, que exige a autorização expressa para representar os filiados judicial ou extrajudicialmente. Essa distinção será adiante abordada, com a análise de dois recentes julgados do Supremo Tribunal Federal.

3. Em dezembro de 1.982, num evento realizado sob o comando da saudosa Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER, tivemos a oportunidade de sustentar a legitimação ordinária da associação para a tutela jurisdicional de interesses difusos, argumentando com base em normas constitucionais então vigentes e na legislação ordinária a possibilidade de interpretação mais aberta do art. 6º do CPC 1973 (art. 18 do novo CPC) (“*Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir*”, in “A Tutela dos Interesses Difusos”, coordenação de ADA PELLEGRINI GRINOVER, Ed. Max Limonad, 1984, págs. 85-97).

Felizmente, três anos depois, as dúvidas quanto à legitimação da associação deixaram de existir uma vez que foi expressamente admitida pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85, art. 5º, n. V) na condição de substituta processual de seus membros e também de toda a coletividade, desde que esteja isto previsto como fim institucional em seu ato constitutivo e obedecido o requisito do prazo anual de existência. Essa legitimação foi

reafirmada pelo Código de Defesa do Consumidor em 1.990 para todas as espécies de ação coletiva (art. 82, n. IV).

4. No artigo escrito em 1982, acima citado, sustentamos que a Constituição então vigente, ao afirmar como um dos direitos fundamentais a **liberdade de associação**, não se limitou a inscrever uma mera norma de permissão e acrescentamos:

Cuida-se, na verdade, de enunciação do perfil que o Constituinte quis fosse efetivamente adotado pela sociedade civil. Sabemos que, para a realização de todos os objetivos e metas sociais colimados, o Estado não tem condições de agir sozinho e por isso convoca o auxílio de todos os membros da coletividade, procurando estimular a criação espontânea de corpos sociais que possam apoiar inúmeros propósitos. A Constituição, portanto, procura também esboçar o modelo de organização social, não se limitando a traçar apenas a estrutura político-institucional do Estado.

A Constituição de 1.988, no título respeitante a direitos e garantias fundamentais, cuidou da associação em cinco incisos (ns. XVII, XVIII, XIX, XX e XXI do art. 5º), revelando grande importância dada ao tema, que se conecta estreitamente com o objetivo fundamental de construção de “**sociedade livre, justa e solidária**”, enunciado no art. 3º, inciso I.

O inciso XXI, que consagra a legitimação da associação para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, foi inscrito com o propósito de sublinhar a relevância da associação e de conferir constitucionalmente garantia para sua atuação, mas vem sendo interpretado, por alguns operadores do direito, como norma restritiva, havendo o risco de limitar a atuação da associação apenas a título de representação, com a supressão da possibilidade de agir na condição de substituta processual, como será examinado nas considerações mais em frente, quando da análise de duas decisões do Supremo Tribunal Federal.

A sociedade civil organizada e participativa é de fundamental importância para a tutela efetiva dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois poderá induzir a formação de nova mentalidade e sua atuação auxiliará o Estado no combate às práticas ofensivas a bens e valores coletivos. A formação de nova mentalidade, que além de propiciar maior coesão social na defesa dos valores relevantes à coletividade, contribuirá também na redução da necessidade de intervenção do Judiciário.

5. Ao término do evento de 1.982, acima mencionado, foi constituída uma Comissão para formular uma proposta legislativa de tutela jurisdicional dos interesses difusos. À época, existia a ação civil pública prevista na Lei n. 6.938, de 1981, que conferia a legitimação para agir exclusivamente ao Ministério Público da União e dos Estados. Na formulação da proposta de anteprojeto de lei, que após ampla discussão e aperfeiçoamentos com as sugestões recebidas de vários segmentos da comunidade jurídica, em especial do

Ministério Público, se converteu na Lei n. 7.347/85, a Comissão enfrentou vários aspectos a serem regulados e um dos mais importantes foi exatamente a ampliação da legitimação para agir, incluindo no rol de entes legitimados, além do Ministério Público e outras instituições públicas, também entes representativos da sociedade civil.

A proposta foi aprovada em 1985, na Lei da Ação Civil Pública, e confirmada em 1.990, no Código de Defesa do Consumidor.

Mas, por variados motivos, as associações vêm enfrentando inúmeras dificuldades e algumas delas serão mencionadas neste trabalho.

III) LEGITIMAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO A TÍTULO DE REPRESENTAÇÃO E A TÍTULO DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

6. O tema da legitimação para agir da associação tem sido objeto de intensa discussão nos Tribunais. Uma das causas dessa discussão é a controvérsia em torno do inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal, que foi inscrito com o propósito de sublinhar a grande importância da associação, e não com o propósito de estabelecer limites para sua atuação em juízo.

A análise que faremos de dois importantes julgados do Supremo Tribunal Federal, a respeito do tema da legitimação para agir da associação, pelo menos em nossa compreensão, não conduz a uma conclusão negativa, embora subsista grande dúvida quanto ao entendimento da Suprema Corte sobre a atuação da associação na condição de substituta processual, e não apenas na condição de representante, quando esse tema vier a ser objeto específico de julgamento.

Os julgamentos mencionados são os proferidos no RE 612.043-PR e RE 573.232-SC, que serão analisados a seguir.

a) DOIS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 612.043-PR E RE 573.232-SC) CONCLUINDO QUE O ART. 5º, N. XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONSAGRA O INSTITUTO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL

7. Nesses dois julgamentos, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o alcance da norma contida no inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal, concluindo, por maioria de votos, que o dispositivo cuida da representação processual das entidades associativas, e não da sua atuação na condição de substituição processual.

A ementa do acórdão do RE nº 612.043/PR ficou assim redigido:

EXECUÇÃO – AÇÃO COLETIVA – RITO ORDINÁRIO – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. Beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial.

E a **tese relativa ao tema 499 da repercussão geral**, aprovada nesse julgamento, recebeu a seguinte redação:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesse dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento (grifo nosso).

8. A peculiaridade do caso julgado ((**RE nº 612.043/PR**) é assim descrita no voto do Min. MARCO AURÉLIO (Relator):

Determinada Associação propôs ação coletiva, sob o rito ordinário, contra a União, com base no art. 5º, n. XXI, da Lei Maior. Julgada procedente a ação e transitada em julgado a sentença, foi iniciada pela Associação a fase de cumprimento da sentença. O Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, “veio a assentar, em sede de agravo, a necessidade de a peça primeira da execução vir instruída com a documentação comprobatória de filiação de associado em momento anterior ou até o dia do julgamento da ação de conhecimento, observado o disposto no artigo 2º-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/1997 (grifo nosso).

Esclarece que a Recorrente, associação autora da ação, na fundamentação do recurso extraordinário *“assevera possuir ‘legitimação extraordinária para a propositura da ação ordinária coletiva, atuando como representante processual dos servidores públicos federais a ela jungidos’ e “entende impertinente o instituto da substituição processual”, afirmando tratar-se de caso de “legitimação plúrima ad causam, segundo a qual a associação assume a condição de representante de um grupo ‘individualizado’ de associados”.*

Em virtude dessa fundamentação do recurso extraordinário, a Min. ROSA WEBER, em minucioso e bem fundamentado voto, esclarecendo que:

O recurso extraordinário veio por violação, nesse ponto, do art. 5º, XXI, da Constituição Federal, e nessa ótica lhe foi reconhecida repercussão geral e há de ser apreciado.

Em razão disso:

Fazendo as distinções entre o instituto da substituição processual e o instituto da representação processual para entender que, no inc. XXI do art. 5º da Carta Política, está em jogo a representação processual, em que há necessidade de autorização prévia.

Acompanhou o voto do Min. MARCO AURÉLIO (Relator).

No julgamento do recurso, a matéria definida como relevante foi o ***“momento adequado de exigir-se a comprovação de filiação daqueles representados pela Associação para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva”***.

No voto do Min. MARCO AURÉLIO é mencionado o julgamento do RE n. 573.232/SC, Pleno, com o esclarecimento de que:

Embora a controvérsia, na medida em que admitida a repercussão geral, estivesse limitada, naquela ocasião, à necessidade de autorização expressa dos associados, acabou-se por avançar, em decorrência da óptica veiculada, no tema em discussão neste processo. Ficou assentado, então, o entendimento segundo o qual a extensão subjetiva do título executivo formado alcança somente os associados representados no ato de formalização do processo de conhecimento, presente a autorização expressa conferida à entidade e a lista contendo o rol de nomes anexados à inicial.

9. O caso julgado, portanto, diz respeito à ação coletiva em que a associação atua na condição de representante processual de seus associados, denominada de “ação coletiva, de rito ordinário” (a ação foi proposta como “de repetição de indébito”, sendo convertida posteriormente por comando judicial em “ação coletiva”), não se tratando, portanto, de ação civil pública ou ação coletiva de tutela de interesses individuais homogêneos, em que a associação atua na condição de substituta processual.

10. À atenta leitura do acórdão, com os debates ocorridos durante o julgamento e com a explicitação feita pelo Relator por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração, ficou bem claro que a expressão “ação coletiva, de rito ordinário” não diz respeito à ação coletiva do microsistema brasileiro de processos coletivos, formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, o Min. MARCO AURÉLIO (Relator) nos Embargos de Declaração, esclarecendo o alcance da tese aprovada na apreciação do tema 499 da repercussão geral, deixou bem claro que a **tese é restrita às “ações coletivas de rito ordinário” e que, no tocante às ações civis públicas, o tema foi enfrentado no julgamento do extraordinário, quando em seu voto salientou a distinção**, e para melhor esclarecimento dessa questão menciona os debates

ocorridos durante o julgamento, e transcreve o trecho onde constam as seguintes importantes ponderações para a perfeita compreensão da expressão “**ação coletiva, de rito ordinário**”:

- a) “o que não julgamos foi a problemática da ação civil pública”;
- b) em resposta à ponderação do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, de que ficaria mais confortável com a expressa alusão à não abrangência da ação coletiva, o Min. MARCO AURÉLIO observou que **a tese proposta “é alusiva à ação coletiva de rito ordinário. A ação civil pública tem rito todo próprio”** e acrescentou: **“na tese, na própria tese, refiro-me, categoricamente, à ação coletiva de cobrança de rito ordinário”**;
- c) e diante da manifestação do Min. RICARDO LEWANDOWSKI de que se dá por satisfeito se o Min. MARCO AURÉLIO (Relator) está assegurando, na tese proposta e no voto que desenvolve, que **“o tema está circunscrito a esse processo de conhecimento de rito ordinário”**, declarou o Min. RELATOR, expressamente, que **a tese está restrita a “essa espécie de ação”**.

11. O ponto central do outro julgamento (**Recurso Extraordinário nº 573.232/SC**, em que se decidiu o **tema 82 da repercussão geral**) é a inteligência do art. 5º, n. XXI, da Constituição Federal, e a decisão se amolda perfeitamente, como anota o Min. MARCO AURÉLIO (Relator), ao RE nº 612.043/PR.

O Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator sorteado, esclareceu que a questão que se discute no recurso diz respeito, basicamente, ao exato alcance da expressão **“quando expressamente autorizado”**, contida no texto do inciso XXI do art. 5º da Carta Política.

Após intensos debates entre seus Ministros, concluiu o Excelso Pretório, por maioria de votos, que **o texto constitucional consagra o instituto da representação processual** em relação às **associações** e que, agindo na condição de representante, é imperiosa a apresentação de **autorização expressa**, que “pode decorrer **de deliberação em assembleia**”, para agir em nome de seus associados, **não bastando, porém, a mera previsão estatutária genérica**.

Ficaram vencidos os **Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia**.

a) -Nesses dois julgamentos o STF não negou a possibilidade da associação civil agir na condição de substituta processual

12. O **Min. MARCO AURÉLIO**, Relator do acórdão, deixou claro que, na formulação de seu voto, levou em consideração a distinção entre os institutos da **representação processual e da substituição processual**, embora o caso, pelas suas peculiaridades, seja “péssimo para elucidar essa dualidade”. Esclarece que a Associação autora ajuizou a ação de conhecimento com base no inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal, juntando “*a relação dos que seriam beneficiários do direito questionado*” e também “*a autorização para atuar*”, fixando os limites do contraditório da parte contrária. “*Formado o título executivo judicial, como o foi, a partir da integração na relação processual da associação, a partir da relação apresentada por essa quanto aos beneficiários*”, concluiu o Relator do acórdão que não seria possível a integração na execução de outros beneficiários. Tendo a Associação autora juntado aos autos autorizações individuais, “*viabilizou a defesa da União quanto àqueles que seriam beneficiários da parcela e limitou, até mesmo, a representação que desaguou, julgada a lide, no título executivo judicial*”. Entende, assim, que:

Na fase subsequente de realização desse título, não se pode incluir quem não autorizou inicialmente a Associação a agir e quem também não foi indicado como beneficiário, sob pena de, em relação a esses, não ser sido implementada pela Ré, a União, a defesa respectiva.

Em seu voto, o **Min. TEORI ZAWASCKI** ponderou:

Aqui não está em questão a legitimidade de sindicato ou de associação para promover ação coletiva ou sua execução. O que se questiona é, unicamente, a legitimidade ativa de associado (e não de associação ou de sindicato) para executar em seu favor sentença de procedência resultante de ação coletiva proposta por sua Associação, mediante autorização individual e expressa de outros associados. Essa a questão.

A **Min. ROSA WEBER**, apoiada nas ponderações do **Min. TEORI ZAWASCKI**, deixou expressamente observado que no caso “*não cabe fazer qualquer distinção entre os institutos da representação processual e da substituição processual*”.

A respeito, ponderou o **Min. RICARDO LEWANDOWSKI** que, à época da propositura da ação, era um “*momento de penumbra, um momento cinzento em que o Supremo Tribunal e a doutrina não tinham assentado*” com clareza a distinção entre representação processual e substituição processual, e por isso “*a associação ad cautelam apresentou algumas autorizações, mas invocou o permissivo constitucional e a sua condição de substituta processual*”.

Prevaleceu, entretanto, o entendimento da maioria, de tratar-se de caso de **representação processual**.

IV) POSSIBILIDADE DE DISCIPLINA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PELA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

13. Um ponto importante que deve ser sublinhado é que os acórdãos em análise, embora afirmem que o **inciso XXI do art. 5º da Constituição** consagra a **representação processual** da associação, *em nenhum momento negaram a possibilidade de a associação ser autorizada pelo ordenamento jurídico a agir por substituição processual*.

O Min. MARCO AURÉLIO, nada obstante afirme que a Constituição faça distinção entre **associação** e **sindicato** (art. 5º, n. XXI, e art. 8º, n. III, da Constituição Federal), agindo aquela **por representação** e este **por substituição processual**, esclarece que a própria Constituição, no **art. 5º, inciso LXX**, no que diz respeito a **mandado de segurança coletivo**, iguala essas instituições, permitindo que *“associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados”* atue em igualdade de condições com “partido político com representação no Congresso Nacional”, “associação sindical” e “entidade de classe”, isto é, na condição de **substituta processual**.

14. À época da promulgação da Constituição Federal, já se encontrava em vigor a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347, de 1.985), que no at. 5º, n. V, “a” e “b”, consagrou a legitimação extraordinária da associação para propor ação civil pública. E um dos requisitos para essa legitimação é o de estar constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil, o mesmo requisito previsto no dispositivo constitucional citado para a impetração do mandado de segurança coletivo.

À toda evidência, significa isto que a Constituição, embora tenha disciplinado no inciso XXI do art. 5º a **representação processual** da associação, não proibiu que o ordenamento jurídico pátrio consagrasse a possibilidade de a associação atuar também na condição de **substituta processual**, tanto que ela própria previu expressamente uma hipótese de substituição processual da associação (art. 5º, inciso LXX, CF). Não somente nesse dispositivo, como também no art. 129, inciso III, a **Carta Política de 1.988 claramente recepcionou o sistema de ação civil pública já existente à época de sua promulgação (a Lei 7.347 é de 1.985), como se extrai da expressa referência à ação civil pública no art.129, n. III, e também no § 1º, e nesse sistema já estava expressamente prevista a substituição**

processual da associação para a propositura da ação coletiva, o que, posteriormente, foi reafirmado no Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90), no art. 82, n. IV).

Cabe ser sublinhado, ademais, que a Constituição Federal, ao disciplinar os direitos e garantias fundamentais, declara expressamente que a tutela deve ser dos *“direitos e deveres individuais e coletivos”* e no inciso XXXV do art. 5º, ao inscrever o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não mais qualifica como *“individual”* o *“direito”* ameaçado ou lesado, como fazia a Constituição precedente.

15. A sede natural da disciplina da substituição processual é a legislação ordinária, embora a Constituição possa disciplinar hipóteses específicas, como o fez no art. 5º, n. LXX, “b”, e no art. 8º, III.

O *CPC de 1973*, no art. 6º, dispunha que *“ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”*. O *novo CPC* manteve a mesma disciplina, apenas substituindo a expressão *“lei”* por *“ordenamento jurídico”*.

No microsistema de Processos Coletivos, formado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), temos normas expressas que conferem legitimidade às associações civis, legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, para propositura de ação coletiva. ***A legitimidade é conferida a título de substituição processual***, podendo a associação atuar, em nome próprio, em defesa de interesses individuais homogêneos de seus associados ou de toda uma categoria (cfr. art. 82, IV, do CDC e art. 5º, n. V, “a” e “b”, da Lei n. 7.347/85).

16. Na ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, o autor da ação é um ente público ou uma associação que age na condição de substituto processual, e não na de representante processual. A defesa é dos interesses individualmente sofridos e que guardem entre si, pela natureza e origem, o vínculo da homogeneidade, ***mas, na primeira fase, a ação tem por objeto a fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados a um grupo de vítimas, o que é feito por meio de “condenação genérica”***, em caso de acolhimento da demanda, nos precisos termos do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa ***sentença condenatória genérica***, não há ainda a indicação de seus beneficiários, de sorte que, embora se diga que a fase seguinte é de liquidação de sentença, na verdade na ***sentença condenatória genérica*** há apenas a declaração do dever do réu de indenizar as vítimas do dano causado e por isso, após a sentença condenatória genérica há um processo de conhecimento complementar, em que serão determinados não apenas o *“quantum debeatur”* como também os próprios ***beneficiários da condenação declarada***. Portanto, na

primeira fase há apenas a definição do devedor e da natureza de sua responsabilidade quanto aos danos causados e a individuação e a definição do direito de cada credor serão feitas na segunda fase, em novo processo de conhecimento.

V) DIFICULDADES PRÁTICAS RELACIONADAS À AÇÃO COLETIVA DE TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

a) CONCEITO DE DIREITOS INDIVIDUAIS “HOMOGÊNEOS”

17. Uma das dificuldades práticas, quando da propositura de uma ação coletiva para a tutela dos direitos individuais, consiste em determinar se os direitos individuais tutelados são realmente *homogêneos*, ou não.

E como bem ressalta SÉRGIO CRUZ ARENHART, em estudo abrangente e profundo sobre tutela coletiva de direitos individuais:

A categoria chamada de ‘direitos individuais homogêneos’ não é uma nova categoria de direitos subjetivos (ou materiais), mas sim uma forma processualmente distinta de tratar direitos individuais. Substancialmente, os direitos chamados ‘individuais homogêneos’ são direitos individuais enfeixados para tratamento coletivo. Olhados sob o prisma do direito material, permanecem com sua natureza própria e individuais (crédito, propriedade, etc.); o que os diferencia é a forma de tutela que o direito processual lhes atribui (A Tutela Coletiva de Interesses Individuais, RT, 2ª. ed., pág. 141).

18. Esses direitos individuais tuteláveis coletivamente devem ter entre si o **vínculo da homogeneidade**, não bastando o só fato de serem decorrentes de origem comum, como conceitua o inciso III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Daí o nome “*interesses individuais homogêneos*”.

E somente serão *homogêneos* os interesses que, além da origem comum, tenham também a **predominância dos aspectos comuns sobre os individuais**. Além disso, para que tenha **utilidade** a tutela coletiva, é necessário que ela tenha efetividade superior à da tutela individual. Essa superioridade é comprometida quando os aspectos individuais forem maiores, de apuração mais complexa, dos que os aspectos comuns.

19. A respeito dessa relevante questão, a saudosa Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER informa que o Direito norte-americano, em relação às *class actions for damages*, em que se inspirou o legislador brasileiro para a concepção da ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, consagra dois importantes **requisitos**, que são a

prevalência das questões de fato e de direito comuns sobre as individuais e o a *superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença* (Federal Rules de 1966, Regra 23, (b3)).

Esclarece que, no Direito brasileiro, o requisito da *prevalência da dimensão coletiva sobre a individual* tem grande utilidade “para aferir, do ponto de vista prático, se efetivamente os direitos individuais são, ou não, **homogêneos**. **Inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, os direitos seriam heterogêneos**, ainda que tivessem origem comum” (grifos nossos).

E acrescenta:

O requisito da *superioridade da tutela coletiva*, em relação à *individual*, em termos de justiça e eficácia da decisão, pode ser abordado, no Direito brasileiro, sob dois aspectos: o do **interesse de agir** e o da **efetividade do processo**. “*Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não fosse tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais* - conclui a consagrada jurista – *a ação coletiva não se demonstraria útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracterizaria como a via adequada à sua proteção*”(grifos nossos).

Na proposta de atualização do Código de Defesa do Consumidor constou nova definição dos direitos individuais homogêneos para ressaltar o requisito da **utilidade da tutela coletiva**, nos seguintes termos: “*Art. 81, §1º, n. III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela*”.

20. “Explique-se”, conclui a jurista:

A ação civil pública de responsabilidade pelos danos individuais sofridos conduz a uma sentença condenatória genérica, que reconhece a responsabilidade do réu pelos danos causados e o condena a repará-los às vítimas ou a seus sucessores, ainda não identificados (art. 95 do CDC). Segue-se uma liquidação da sentença a título individual, em que caberá provar, aos que se habilitarem, o dano pessoal e o nexo de causalidade entre este e o dano geral reconhecido na sentença, além de quantificar os prejuízos ou circunstâncias de situações diversas. Ora, a prova do nexo causal pode ser tão complexa, no caso concreto, a ponto de tornar praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do art. 95, a qual só reconhece a existência do dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar uma fase de liquidação tão complicada quanto uma ação condenatória individual, até porque devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, e notadamente o contraditório e a ampla defesa. E a via da ação coletiva poderá ter sido inadequada para a obtenção da tutela pretendida”(grifos nossos) (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Gen-Forense, 13ª. ed., págs.814-815).

No mesmo sentido, ANTONIO CARLOS FONTES CINTRA, que traz a seguinte precisa conclusão a respeito do tema no artigo intitulado “*Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade de coletivização dos interesses individuais*”:

Os requisitos da superioridade do meio e da prevalência do interesse da classe, “importados” do sistema americano das class actions, são mecanismos de grande valia para a avaliação da presença da homogeneidade do interesse. A práxis tem demonstrado que quando existentes maiores peculiaridades do dano sofrido por cada integrante do grupo, demandando realização de provas individualizadas, a tutela coletiva carece de interesse processual. De nada adiantará uma sentença genérica que tenha de, em face de liquidação para aferição do quantum indenizatório de cada lesado ser submetida a dilação probatória tamanha que se perfaça, ao final, como um novo processo de conhecimento (*grifos nossos*) (Rev. Direito do Consumidor, Ano 18, n. 72, págs. 9 – 39).

É esse o entendimento, também, de CONSUELO YOSHIDA em sua obra “Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos” (Ed. Juarez de Oliveira, 1ª. ed., 2ª. tiragem, 2006, pág. 212).

b) SENTENÇA “CONDENATÓRIA GENÉRICA” – NATUREZA DOS DIREITOS POR ELA TUTELADOS

21. A tutela é dos interesses individualmente sofridos que guardam entre si, pela natureza e origem, o **vínculo de homogeneidade**, mas na **primeira fase da ação haverá apenas a fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados a um grupo de vítimas, o que é feito por meio de “condenação genérica”**, em caso de acolhimento da demanda, nos precisos termos do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa **sentença condenatória genérica**, não há ainda a indicação de seus beneficiários, de sorte que, embora se diga que a fase seguinte é de liquidação de sentença, na verdade **na sentença condenatória genérica** há apenas a declaração do **dever do réu de indenizar as vítimas do dano causado** e por isso, após a sentença condenatória genérica haverá um **processo de conhecimento complementar**, em que serão determinados não apenas o “*quantum debeatur*” como também os **próprios beneficiários da condenação**. Portanto, **na primeira fase** há apenas a definição do devedor e da natureza de sua responsabilidade quanto aos danos causados e a individuação e a definição do credor e do seu direito serão feitas na segunda fase, **em processo de conhecimento complementar**.

Nas micro lesões, quando pela diminuta expressão econômica dos danos individuais os titulares dos créditos não se interessam em se habilitar para reclamar a sua parte, a condenação genérica será liquidada e executada no interesse de toda a sociedade, hipótese em

que sobressai a dimensão coletiva do direito tutelado pela sentença genérica (*fluid recovery*), mas sem perder a natureza de tutela de direitos individuais agrupados (art. 100 e parágrafo único do CDC).

22. Comentando o art. 95 do Cód. Defesa do Consumidor, anota **ADA PELLEGRINI GRINOVER** que, antes das “liquidações” e das execuções individuais, “*o bem jurídico ainda é tratado de forma indivisível, aplicando-se a toda a coletividade, de maneira uniforme, a sentença de procedência ou improcedência*” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto, Gen/Forense, 13ª. ed., p. 828).

E a eficácia subjetiva da coisa julgada, nos termos do art. 103, n. III, é “*erga omnes*”, apenas no caso de procedência do pedido, *para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores*”, todos os membros do grupo, da classe ou da categoria representada pelo substituto processual (associação ou outro ente legitimado).

Na primeira fase, portanto, não se pode falar em titulares individuais de direitos, e sim de direitos individuais agrupados e sem identificação de seus titulares, que serão determinados após a sentença condenatória genérica, sendo assim manifesto o caráter eminentemente coletivo da primeira fase da Ação Coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos.

Assim, embora se afirme que se trata de tutela dos *direitos ou interesses individuais homogêneos*, a **primeira fase desse processo tem caráter nitidamente coletivo**, sendo **indivisível, até a fase posterior de liquidação, o bem jurídico tutelando**.

Significa isto que, em se tratando de fatos que tenham abrangência regional ou nacional, a tutela jurisdicional dessa ação coletiva, em sua primeira fase, **deve ser molecular**, abrangente da totalidade, não tendo sentido seu tratamento atomizado, fragmentando-o em múltiplas demandas coletivas, que poderão dar origem a julgamentos conflitantes, não somente para litigantes distintos, como também até mesmo para um mesmo litigante que tenha atuação nacional, afrontando-se assim a lógica e a estratégia das ações coletivas, **consistentes em solucionar molecularmente um conflito de interesses coletivo**, evitando-se sua fragmentação que poderá dar origem à contradição de julgados, que compromete gravemente o princípio da isonomia.

O objetivo fundamental das ações coletivas é, exatamente, combater essa lógica da fragmentação que caracteriza o nosso sistema jurídico processual.

VI) PROJETO DE LEI N. 1.641/2021 E APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA BRASILEIRO DE AÇÕES COLETIVAS

23. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei da Ação Civil Pública (LACP) se completam e formam uma só unidade jurídica para a tutela dos direitos difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos (cfr. art. 90 do CDC e art. 21 da LACP).

Porém, a existência de duas leis disciplinando o Processo Coletivo brasileiro não tem sido bem assimilada pelos profissionais do direito, pelo legislador e pelos tribunais, causando alguns problemas.

Cito como eloquente exemplo o que foi recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da alteração do art. 16 da LACP, que disciplina a coisa julgada. O legislador, acolhendo a pressão de alguns segmentos da sociedade, alterou a redação primitiva, mantendo, porém, a disciplina da coisa julgada introduzida pelo CDC. Após longa discussão, a Suprema Corte declarou inconstitucional a alteração feita pelo legislador para limitar o alcance da coisa julgada “*nos limites da competência territorial do órgão prolator*”.

O **Projeto de Lei n. 1.641/2021**, em tramitação na Câmara dos Deputados, procura regular num só texto de lei toda disciplina das ações coletivas, procurando evitar problemas como o mencionado, e facilitando a compreensão do seu sistema pelos estudantes de Direito, pelos profissionais e também pelo público em geral, e procura, o que é mais importante, enfrentar e solucionar algumas deficiências do sistema vigente de ações coletivas, como a sua morosidade, as dificuldades na execução da sentença condenatória genérica de tutela dos interesses individuais homogêneos e adotando disciplinas inovadoras e soluções melhores para vários institutos do processo coletivo, inclusive com a disciplina da ação coletiva estrutural.

O Projeto de lei é produto do trabalho de mais de duas dezenas de renomados especialistas brasileiros em tutela coletiva de direitos, reunidos em Comissão formada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Em homenagem à grande e saudosa jurista que mais atuou na concepção e no constante aperfeiçoamento das ações coletivas, o projeto de lei em análise foi denominado “Lei Ada Pellegrini Grinover”.

Esperamos que desta vez o projeto de lei de aperfeiçoamento do nosso sistema de processos coletivos seja apreciado sem preconceitos pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, em benefício de toda sociedade brasileira.

A LIVRE DESVINCULAÇÃO DO CONSUMIDOR NA CONTRATAÇÃO À DISTÂNCIA E FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

THE CONSUMER'S FREE DISCONNECTATION IN DISTANCE CONTRACTING AND OUTSIDE THE COMMERCIAL ESTABLISHMENT

Carlos Lacerda Barata¹

1 TUTELA DO CONSUMIDOR E DIREITO DE LIVRE DESVINCULAÇÃO

O presente estudo tem por objecto o direito de livre desvinculação do consumidor, na contratação fora do estabelecimento comercial e nos contratos celebrados à distância: duas áreas dos contratos de consumo em que, ao consumidor, é permitido “*dar o dito por não dito*”², libertando-se das amarras de um negócio celebrado.

A par dos deveres de informação, a cargo do fornecedor de bens ou serviços, o comumente chamado direito de/ao arrependimento ou de livre resolução, considerado verdadeiro *ex libris* do Direito do consumo³, constitui um dos pilares dos contratos de consumo⁴ – porventura,

¹ Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador bolsheiro do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP). Advogado e jurisconsulto.

O presente texto, cingindo-se, especialmente, à contratação à distância e fora do estabelecimento, com actualizações bibliográficas, tem por base o nosso estudo, com âmbito mais amplo, *Direito de livre desvinculação do consumidor*, integrado nos *Estudos de Direito do Consumo*, vol. I, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO, Almedina, Coimbra, 2023, 707-765. Foi elaborado para o *Novo Liber Amicorum Mário Frota. Sempre a causa dos direitos dos consumidores* (coord. RUI ATAÍDE / SUSANA ALMEIDA), Almedina, Coimbra, 2023, 215-268.

² A expressão é de MÁRIO FROTA, *Os contratos de consumo – Realidades sóciojurídicas que se perspectivam sob novos influxos*, RPDC, n.º 23, 2000, 9 ss (26) (= Revista de Direito do Consumidor, ano 10, n.º 37, 2001, 9 ss (23)) e *Contratos de comunicações eletrónicas: o que há de novidades?*, Revista Judiciária do Paraná, ano XII, n.º 14, 2017, 103 ss (106).

³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, 106.

⁴ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A modernização das obrigações*, III – *A integração da defesa do consumidor*, ROA 62/III, 2002, 711 ss (722) e (numa perspectiva geral, de identificação dos principais vectores de tutela dos consumidores) *Tratado de Direito Civil*, I, 4ª ed., Almedina, 2012, 332. No mesmo sentido, ANDREA BARENGHI, *I contratti dei consumatori*, in *Diritto Civile*, dir. N. LIPARI / P. RESCIGNO, coord. A. ZOPPINI, vol. III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009, 105 ss (137-138).

o de maior relevo⁵ – traduzindo um traço paradigmático do seu regime⁶. Com efeito, trata-se de um aspecto emblemático da protecção da parte mais fraca⁷: o consumidor⁸, considerado como o contraente débil⁹ ou o “elo fraco”¹⁰ nas relações estabelecidas com profissionais; nestas, o

⁵ Para o Professor PINTO MONTEIRO o “direito de arrependimento” constitui “a mais importante conquista do direito do consumidor” – ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *O novo regime da contratação à distância. Breve apresentação*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial, 2015, 11 ss (16). Cfr. também BURKHARD BOEMKE, *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*, AcP, 197, 1-2, 1997, 161 ss (162), que (citando KEMPER) refere o *Widerrufsrecht* como o “mais importante instrumento” para garantir decisões do consumidor livres de pressão.

⁶ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, RDC, I/4, 2016, 861 ss (903) = *Estudos de Direito do Consumo*, vol. V (coord. RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE / CARLOS LACERDA BARATA), AAFDL, Lisboa, 2017, 41 ss (53); estudo também divulgado na Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, VII, n.º 26, 2017, 123 ss (aqui: 142), doravante citado, apenas, por referência à publicação de 2016 na Revista de Direito Civil.

Cfr., igualmente, PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial, 2015, 51 ss (75), recordando que o “direito de livre resolução” é visto como o “instituto mais característico” do Direito do consumo, no domínio dos contratos e, na literatura jurídica espanhola, JUAN MANUEL BADENAS CARPIO / CARMEN BOLDÓ RODA, *Régimen jurídico de la llamada «venta directa». Las ventas domiciliarias y a distancia*, tirant lo blanch, Valencia, 2003, 200 (“pedra angular da protecção do consumidor”).

⁷ Veja-se, nomeadamente, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte especial). Contratos*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, 103, *Da Cessação do Contrato*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, 57-58 e 153-154 e *Direito das Obrigações. Apontamentos*, 5ª ed., AAFDL, Lisboa, 2017, 223; LOURDES FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *A protecção do consumidor no comércio eletrónico na Itália*, Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, IV, n.º 15, 2014, 225 ss (239).

⁸ O conceito de consumidor não é unívoco; cfr. o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 861-863, nota 1, com várias indicações e JORGE MORAIS CARVALHO, *O conceito de consumidor no Direito português*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 14, 2018, 185 ss (186 ss) e *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, 39 ss. Sobre o tema, vide JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *O conceito jurídico de consumidor*, RDC, III/4, 2018, 771 ss e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I – *Introdução. Formação do contrato*, Gestlegal, Coimbra, 2021, 120 ss e *O conceito de consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. I, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO, Almedina, Coimbra, 2023, 473 ss.

⁹ Cfr. GUILHERME MACHADO DRAY, *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente débil*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I (org. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO / LUÍS MENEZES LEITÃO / JANUÁRIO DA COSTA GOMES), Almedina, 2002, 75 ss (86 ss, 89). Sobre o tema, cfr. ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, ED, Annali IV, 2011, 956 ss (957), bem como MATTEO MAGRI, *Le vendite aggressive. Contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali*, CEDAM, 2011, 25 e 80-81, distinguindo a debilidade sócio-económica e a debilidade contratual, assente numa assimetria informativa. Sobre a debilidade ou inferioridade do consumidor, cfr. ainda, na doutrina portuguesa, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo*, BMJ n.º 347, 1985, 11 ss (19 ss, *maxime* 21) e *Direito do Consumo*, cit., 27-28 e 37 ss, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, 27 ss e 54 ss, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, Almedina, Coimbra, 2002, 24 ss.

¹⁰ Assim, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, 326 (cfr., também, 83-84), *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019 (reimpr. 2021), 148 e *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, Anuário do Nova Consumer Lab, ano 2, 2020, 123 ss (158).

desequilíbrio entre as partes¹¹, espelhando uma relação assimétrica¹², explica e justifica – ainda que, porventura, com um certo pendor paternalista¹³ – uma especial tutela normativa.

¹¹ Cfr. RAFFAELE VOLANTE, *Recesso del consumatore e contratti collegati*, in I «Pincipi» del Diritto Comunitario dei Contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo, dir. GIOVANNI DE CRISTOFARO, Giappichelli, Torino, 2009, 419 ss (419), referindo-se ao *recesso unilaterale* como técnica para reequilibrar o peso contratual entre as partes. Para a consideração do equilíbrio como princípio em matéria contratual, vide RUI PINTO DUARTE, *O Equilíbrio Contratual como Princípio Jurídico*, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Edit., 2014, 1331 ss e *Escritos jurídicos vários 2000-2015*, Almedina, 2019, 685 ss.

¹² Sobre a assimetria de poderes contratuais, vide VICENZO ROPPO, *Il Contratto del Duemila*, 2ª ed., Giappichelli Edit., Torino, 2005, 25 ss, em especial, 28-29, quanto ao *recesso* por parte do consumidor, e *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, ERCL, vol. 5, 3, 2009, 304 ss, bem como FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione normativa*, Europa e Diritto Privato, n.º 4, 2012, 1007 ss (1008-1009) e MARIA LUISA CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitária*, Giuffrè, Milano, 2016, 86 ss e *Il recesso del consumatore: regole di settore e riflessi sistematici*, in *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore* (dir. MARIA LUISA CHIARELLA), ESI, Napoli, 2016, 133 ss, 139. Cfr. também, além da citada obra de MATTEO MAGRI, especialmente, na óptica da existência de uma assimetria informativa, HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, AcP 210, 2010, 67 ss (*maxime* 74 ss e 103), CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, Beck, München, 2015, 47-48, JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 2015, 55 ss, ALBERTO GALLARATI, *Il diritto di ritirare la «parola data» tra formule e regole: un'indagine di analisi economica del diritto*, RDCiv., LI, n.º 4, P.I., 2005, 343 ss (360 ss), LUCA DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, I – *La tutela del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2008, 60, MASSIMILIANO DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, UTET, Torino, 2008, 112, PAOLO GALLO, *Trattato del Contratto*, t. 1, *La formazione*, UTET, Torino, 2010, 777, ANDREA STAZI / DAVIDE MULA, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali ed i contratti a distanza*, in *Il Diritto dei Consumatori. Profili applicative e strategie processuali*, a cura di GIUSEPPE CASSANO / MARCO EUGENIO DI GIANDOMENICO, t. 1, CEDAM, Padova, 2010, 297-298, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2011, 49-50 (nos contratos celebrados fora do estabelecimento), ENRICO GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *Contratto e Contratti. Scritti*, UTET, Torino, 2011, 423 ss (444 ss e 453 ss), PIER FILIPPO GIUGGIOLI, *Il Contratto del Consumatore (Trattato di Diritto Civile*, dir. RODOLFO SACCO, *Le Fonti delle Obbligazioni*, 4), UTET, Torino, 2012, 83, 96, 111 ss, 125 ss e 130, LAURA DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, Studi Urbinati, LXXXII, nuova serie A, n.º 65/2-3, 2014, 229 ss, GISELA ESTEVE GARCIA, *El derecho de desistimiento en los contratos de servicios con los consumidores*, in *Codificación y reequilíbrio de la asimetría negocial*, dir. MARILÓ GRAMUNT FOMBUENA / CARLES E. FLORENSA I TOMÀS, Dykinson, Madrid, 2017, 287 ss (287 e 289), PAMARIA REKAITI / ROGER VAN DEN BERGH, *Cooling-off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach*, Journal of Consumer Policy, vol. 23, n.º 4, 2000, 371 ss (379 ss) e SVEN HOEPPNER, *The Unintended Consequence of Doorstep Consumer Protection: Surprise, Reciprocation, and Consistency*, European Journal of Law and Economics, vol. 38, 2, 247 ss (252 ss).

¹³ Cfr. ANTHONY T. KRONMAN, *Paternalism and the Law of Contracts*, The Yale Law Journal, vol. 92, n.º 5, 1983, 763 ss (764), C. CAMERER / S. ISSACHAROFF / G. LOEWENSTEIN / T. O'DONOGHUE / M. RABIN, *Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for "asymmetric paternalism"*, University of Pennsylvania Law Review, 151, 2003, 1211 ss (1238 ss) (ambos os estudos com referência à consagração de um *cooling-off period* em contratos celebrados com consumidores), RAFFAELE CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel Diritto privato*, RDCiv., LI, n.º 6, 2005, 771 ss (780, relativamente ao "direito di recesso" e às regras que protegem o contraente contra a surpresa, enquanto regras típicas de um paternalismo fraco: o legislador pretende obter uma escolha ponderada, por parte do sujeito, mas não se substitui a este nessa decisão), LORENZO CAVALAGLIO, *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, 41 ss, 52 ss, 56 ss e 227 ss, IRIS BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, tirant lo blanch, Valencia, 2009, 46, KATHRIN KROLL-LUDWIGS, *Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa*, ZEuP, 18, 3, 2010, 509 ss (534), PIER FILIPPO GIUGGIOLI, *Il Contratto del Consumatore*, cit., 44-45. Cfr., todavia, em sentido diferente, JÖRG NEUNER, *Paternalismus im Privatrecht*, JZ, 75, 6, 2020, 269 ss (273), que, por referência aos contratos celebrados porta a porta, entende que as medidas de protecção do consumidor não constituem paternalismo, PETER CSERNE, *Freedom of choice and paternalismo in contract law: a law and economics perspective*, in German Working Papers in Law and Economics, vol. 2006, paper 6 (36) e JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los*

II. O direito de livre desvinculação do consumidor não tem uma consagração legal genérica. No entanto, em várias modalidades de contratos de consumo a lei¹⁴ admite a possibilidade de o consumidor se desvincular, por declaração unilateral e sem necessidade de invocar qualquer fundamento ou de apresentar qualquer justificação. O direito opera, pois, independentemente da verificação de algum vício da vontade (v.g. o erro, simples ou qualificado por dolo – artigos 251º ss do Código Civil)¹⁵, da existência de um negócio usurário (282º ss CC), de uma situação de *culpa in contrahendo* (227º CC), de incumprimento contratual (v. g. 801º/2 CC) ou de desconformidade dos bens com o contrato¹⁶, permitindo, portanto, o livre arrependimento, por um determinado (e

Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación, Aranzadi, Pamplona, 1997, 28. Na doutrina portuguesa, sobre o paternalismo nos contratos, HUGO RAMOS ALVES, *Sobre o dito “Paternalismo Contratual”*, Estudos do Instituto de Direito do Consumo, IV, IDC/FDUL, Almedina, 2014, 43 ss (74 ss, quanto ao “direito de arrependimento”) e *Vulnerabilidade e assimetria contratual*, RFDUL, LXII, n.º 1, t. 1, 2021, 305 ss (328 ss).

¹⁴ Naturalmente, ao abrigo da autonomia privada e da liberdade contratual, um direito de livre desvinculação do consumidor pode, também, ter fonte contratual – cfr. MICHAEL STÜRNER, pré-annotação aos §§ 355 ss, in PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, *BGB Kommentar*, 11ª ed., Luchterhand, 2016, 685.

A prática demonstra que, mesmo em contratações no estabelecimento comercial, se trata de uma solução frequentemente adoptada, com base em estratégias de *marketing* e em políticas de satisfação do cliente; a atribuição voluntária de um direito de livre desvinculação vale como sinal da qualidade do bem transaccionado. Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, 392 e *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 281-282 e 283, DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, 123, SCHURR, *Geschäftsimmanente Abstandnahme. Das ius poenitendi des Europäischen Fernsatzrechts in Gegenüberstellung zu artverwandten Instituten des allgemeinen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 60-61 e 191 ss, HORST EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, ERCL, vol. 7, 1, 2011, 1 ss (8), OMRI BEN-SHAHAR / ERIC A. POSNER, *The Right to Withdraw in Contract Law*, The Journal of Legal Studies, 40/1, 2011, 115 ss (135).

No ordenamento espanhol, o “direito de desistência” de fonte contratual está, expressamente, previsto na lei: TRLGDCU (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: RDLeg. 1/2007, de 16 de Novembro), artigos 68/2 e 79. Cfr. IRIS BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, cit., 39 ss e 95 ss, ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA, *El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre*, RDP, 94, n.º 3, 2010, 15 ss (21-22 e 54 ss), LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, *El plazo para desistir en los contratos con consumidores*, ADC, LXIV, 1, 2011, 157 ss (165-166), HENRRY SOSA OLÁN, *Características del derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica*, Ars Iuris Salmanticensis, vol. 3, n.º 1, 2015, 105 ss (118 ss) e *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2015, 179 ss, VERÓNICA DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores*, RDP, 100, n.º 6, 2016, 127 ss (142) e ROCIO DIÉGUEZ OLIVA, no recente *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, dir./coord. ANA CAÑIZARES LASO / LAURA ZUMAQUERO GIL, t. I, Tirant lo Blanch, 2022, 1141 ss.

¹⁵ Sobre a concorrência do direito de livre desvinculação com o direito de anulação do contrato por vício da vontade vide GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 90 ss.

¹⁶ O chamado “direito de rejeição”, a que se refere o artigo 16º do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, sobre compra e venda de bens e fornecimento de conteúdos e serviços digitais, não constitui um direito de livre desvinculação do consumidor: pressupõe a falta de conformidade, que se manifeste no prazo de 30 dias após a entrega do bem, caso em que o consumidor pode optar pela imediata resolução do contrato.

Cfr. SANDRA PASSINHAS, *O novo regime da compra e venda de bens de consumo – exegese do novo regime legal*, cit., 1488, JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e venda e fornecimento de conteúdos e serviços digitais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 outubro*, Almedina, 2022, 64-65, MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, A

curto) período de tempo, o que constitui, evidentemente, uma via de tutela do consumidor especialmente forte e eficaz¹⁷, na medida em que lhe confere uma segunda oportunidade de pesar as vantagens e os inconvenientes de um negócio, em regra, já celebrado¹⁸.

III. Contudo, esta possibilidade, conferida a uma das partes, de *mudar de ideias*¹⁹ e *retirar a palavra dada*²⁰, de modo livre e sem consequências indemnizatórias ou outras, implica uma frontal restrição da regra *pacta sunt servanda*²¹ e do princípio da estabilidade contratual,

sustentabilidade e a compra e venda para consumo na Diretiva 2019/771 e no DL 84/2021: aplausos e perplexidades, in JORGE MORAIS CARVALHO / INÊS CRISPIM / MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA / MARTIM FARINHA, *Diretivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-lei n.º 94/2021. Compra e venda, fornecimento de conteúdos e serviços digitais, conformidade, sustentabilidade e dados pessoais*, Almedina, 2022, 117 ss (136-137) (referindo-se a uma espécie de “direito de arrependimento” para bens desconformes), LUÍS MENEZES LEITÃO, *Desconformidade e meios de tutela do adquirente na venda de bens de consumo*, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. II, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO, Almedina, Coimbra, 2023, 161 ss (175) (no prelo) e RUI ATAÍDE, *Empreitada de bens de consumo*, no mesmo volume da mesma obra, 283 ss (305).

¹⁷ Cfr. ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 113.

Numa certa visão doutrinária, fala-se, até, de autotutela: vide FRANCESCO RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, RDCiv., LV, n.º 5, P. II, 2009, 525 ss (525), VINCENZO CUFFARO (dir.), *Codice del Consumo* (coord. ANGELO BARBA / ANDREA BARENGHI), 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2012, 386, EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010, 69 e LUCIANA D'ACUNTO, *Recesso e autotutela nei rapporti di consumo*, ESI, Napoli, 2018, 144 ss e 163 ss.

¹⁸ Cfr. CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 54.

¹⁹ HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 71 e FILIPPO ROSSI, *Ragionevoli dubbi. Percorsi storici del recesso unilaterale*, Giappichelli, Torino, 2022, 10.

²⁰ Cfr. ALBERTO GALLARATI, *Il diritto di ritirare la «parola data» tra formule e regole: un'indagine di analisi economica del diritto*, cit., *passim*, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas*, RFDUL, LXI, n.º 2, 2020, 231 ss (247), além de MÁRIO FROTA, *Os contratos de consumo – Realidades sóciojurídicas que se perspectivam sob novos influxos*, cit., 26.

²¹ Expressamente neste sentido, HEINRICH HONSELL, *Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht*, ZIP, 29, 4, 2008, 621 ss (623) e KATHRIN KROLL-LUDWIGS, *Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa*, cit., 511. Cfr. também GIOVANNI GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1985, 65 ss; BADENAS CARPIO / BOLDÓ RODA, *Régimen jurídico de la llamada «venta directa». Las ventas domiciliarias y a distancia*, cit., 200; ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA, *El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre*, cit., 16; GEMA TOMÁS MARTÍNEZ, *Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, n.º 42, 2012, 543 ss (544); REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005 (reprint 2010), 213; KARL LARENZ / MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., Beck, München, 2004, 713; CAROLINE MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht. Private Freiheit und staatliche Ordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, 151; JENNY GESSNER, *Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht*, Peter Lang, Frankfurt, 2009, 15; PETER ROTT, *Information obligations and withdrawal rights*, in *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, edit. CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, Cambridge University Press, 2010, 187 ss (187); HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 67 ss e 102 e *Why Withdrawal Rights?*, cit., 2, 4 e 19; BRIGITTA LURGER, *Widerrufsrechte*, in PETER BYDLINSKI / BRIGITTA LURGER, *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2011/83EU vom 25. Oktober 2011)*, Manz, Wien, 2012, 53 ss (54); PETER MANKOWSKI, *Verbraucherschützendes Widerrufsrecht und Rechtsmissbrauch*, JZ, 71/15-16, 2016, 787 ss (790); MARTIN EBERS, *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, 858; MARIA LUISA CHIARELLA, *Il recesso del consumatore: regole di settore e riflessi sistematici*, cit., 137; PHILLIP HELLWEGE, *Right of Withdrawal in Distance and Off-premises Contracts*, in *Commentaries on European Contract Laws*, edit. NILS JANSEN / REINHARD ZIMMERMANN, Oxford University Press, 2018, 505 ss (508 ss); PATRICIA SÁNCHEZ ABRIL / FRANCISCO

incluindo o da irretractibilidade²², consagrados no artigo 406º/1 do Código Civil. Nesta medida, o direito de “arrependimento” do consumidor, que opere em fase pós-formação do contrato²³,

OLIVA BLÁZQUEZ / JOAN MARTÍNEZ EVORA, *The Right of Withdrawal in Consumer Contrats: a comparative analysis of American and European law*, InDret, 3/2018, 31; EDUARDO BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, Giappichelli, Torino, 2019, 4; BEATE GSELL, *Verbraucherschutz*, no *Staudinger BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7ª ed., Sellier/De Gruyter, Berlin, 2020, K16; REINER SCHULZE / FRYDERYK ZOLL, *European Contract Law*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2021, 157 e 160; VERENA KLAPPSTEIN, *Moderne Unverbindlichkeit? Ein gesellschaftliches Phänomen und seine rechtliche Begleitung*, in ALBERS/HARST/KAESLING, *Wortgebunden. Zur Verbindlichkeit von Versprechen in Recht und Literatur*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2021, 169 ss (193). Na doutrina nacional: JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, RPDC, n.º 3, 1995, 70 ss (79); FERNANDO NICOLAU DOS SANTOS SILVA, *Dos contratos negociados à distância*, RPDC, n.º 5, 1996, 45 ss (56); CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 114; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 84, nota 102 e 326-327, *Direito do Consumo*, cit., 149 e *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 158; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, ROA, 70, I/IV, 2010, 219 ss (253) (também publicado nos *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. II, Universidade Católica Edit., Lisboa, 2011, 173 ss; aqui: 205); DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, vol. II – *Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2017, 258; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 905; MARISA DINIS, *O direito à informação – consequências em caso de preterição dos deveres de informação*, Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, vol. IV, n.º 16, 2014, 87 ss (96); DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3ª ed., cit., 125; FERNANDO GRAVATO MORAIS, *Mecanismos mais relevantes de proteção do consumidor a crédito*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, org. ANABELA SOUSA GONÇALVES / ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / MARIANA FRANÇA GOUVEIA / RUI MOURA RAMOS / VÍTOR PEREIRA DAS NEVES, vol. II, Gestlegal, Coimbra, 2022, 349 ss (355). Cfr. ainda PASCAL PICHONNAZ, *La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier*, in *Droit de la consommation/Konsumenschutzrecht/Consumer law. Liber amicorum Bernd Stauder*, dir. LUC THÉVENOZ / NORBERT REICH, Nomos/Schulthess, Zürich, 2006, 323 ss (331 e 340) (“direito de revogação” do consumidor como derrogação dos princípios da liberdade contratual e da fidelidade contratual), HERBERT ROTH, *EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht*, JZ, 54, 1999, 529 ss (533) (ruptura com o princípio da autonomia privada), HEIN KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 2.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, 280-281 (quebra do princípio da liberdade contratual), CHRISTIAN LOHR, *Verbraucherstreitbeilegung und Verbraucherschutz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, 173-174 (desvio à autonomia privada) e FILIPPO ROSSI, *Ragionevoli dubbi. Percorsi storici del recesso unilaterale*, cit., 3.. Numa perspectiva diferente: CLAUS-WILHELM CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung”*, AcP 200, 2000, 273 ss (344 ss), distinguindo liberdade contratual formal e material e vendo no *Widerrufsrecht* uma concretização desta última; CHRISTIAN BALDUS, *Protecção do consumidor na zona cinzenta entre o contrato e o não-contrato?*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 6, 2004, 129 ss (146-147), sustentando que os “direitos à revogação” estabelecem o sincronismo entre a autonomia privada formal e material; BERND STAUDER, *Le consommateur – enfant chéri ou mal-aimé du législateur?*, in *Le législateur et le droit privé. Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre*, edit. CHRISTINE CHAPPUIS / BÉNÉDICT FOËX / LUC THÉVENOZ, Schulthess, Genève, 2006, 145 ss (150); BRIGITTA LURGER, *Widerrufsrechte*, cit., 55. Na doutrina portuguesa, sobre o “direito de revogação do contrato” como via de protecção da liberdade contratual e da autonomia privada em sentido material, vide NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 263 ss e 274.

Sobre o tema, veja-se, também, MICHAEL STÜRNER, *Europäisches Vertragsrecht. Institutionelle und methodische Grundlagen, materielles Recht, Kollisionsrecht*, De Gruyter, Berlin, 2021, 233 ss e 312.

²² JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 79; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 905; ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 39-40 e 127. Cfr. também GIORGIO DE NOVA, *Recesso*, DDP, Sez. Civ., XVI, 1997, 314 ss, *maxime* 319.

²³ O princípio da força vinculativa do contrato só é abalado pelo direito de livre de desvinculação quando este opere no âmbito do contrato já constituído e não – contrariamente ao que afirma ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 131 – naqueles casos em que da lei resulte que o exercício do *ius poenitendi* impede

contraria claramente o regime regra do Direito dos contratos²⁴, assumindo (com as consequências daí advenientes) um carácter excepcional²⁵.

2 ANTECEDENTES; ENQUADRAMENTO NORMATIVO COMUNITÁRIO/EUROPEU

I. Embora com referências e consagrações mais remotas²⁶, o reconhecimento e o progressivo alargamento de direitos de livre desvinculação do consumidor, em particular no espaço

a perfeição do contrato ou a sua eficácia. Cfr. ROLF KNÜTEL, *Widerruf und Widerrufsbelehrung in § 1 b AbzG*, AcP, 185, 1985, 308 ss (312) e PETER MANKOWSKI, *Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, 34-35.

²⁴ Nas palavras de ROPPO, *Il Contratto del Duemila*, 2ª ed., cit., 28, trata-se de um “remédio estranho, senão repugnante, aos fundamentos do contrato de Direito comum”, acentuando o Autor, noutro local – VINCENZO ROPPO, *Il Contratto (Trattato di Diritto Privato, IUDICA / ZATTI)*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, 522 –, o “golpe duro” que, com o exercício do direito, é infligido ao vínculo contratual.

²⁵ Não acompanhamos, assim, MÁRIO FROTA, *Os contratos de consumo – Realidades sóciojurídicas que se perspectivam sob novos influxos*, cit., 13, na referência a um “princípio da reflexão”. De todo o modo, alguma doutrina equaciona, até, um princípio “*pacta non sunt servanda*”, a propósito dos contratos em que, ao consumidor, assiste um *ius poenitendi*: FRANCESCO A. SCHURR, *Geschäftsimmanente Abstandnahme*, cit., 2-3 e 213. Sobre o tema, veja-se também MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue. Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, 291 ss.

No sentido do texto, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, 751 e 756, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3ª ed., cit. 71, JOANA FARRAJOTA, *A resolução do contrato sem fundamento*, Almedina, Coimbra, 2015, 31, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Presságios sobre o direito do consumo*, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, Ed. DECO, 2016, 125 ss (128) e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 905; cfr. também GIOVANNI GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., 66 ss e 72-73, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 40, 127 ss e 134 e ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, cit., 957 e 960.

²⁶ Ainda no século XIX, HECK sugeriu a adopção de um *Reurecht*, a favor do comprador, na compra e venda a prestações (embora, com o exercício do direito, o comprador perdesse uma pequena percentagem do preço) e admitiu a possibilidade de reconhecimento de um período de reflexão/arrependimento: PHILIPP HECK, *Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegen zu wirken?*, in *Verhandlungen des einundzwanzigsten Deutschen Juristentages*, 2. Band, Berlin, 1891, 131 ss (180 ss e 192).

Em termos normativos, já nas décadas de 60 e 70 do século XX se encontram consagrações do chamado direito de arrependimento, a favor do consumidor: nomeadamente, em Inglaterra, no *Hire-Purchase Act* de 1964 (na sequência das recomendações do *English Committee on Consumer Protection* – o chamado “Molony Committee” – apresentadas em 1962), na Suécia, em 1971, com uma lei sobre vendas no domicílio (*lag om hemförsäljning* – Lei n.º 238, de 4 de Junho de 1971), que atribuiu ao comprador uma “semana do arrependimento” (“*ångerveckan*”), em França, com a Lei n.º 72-6, de 3 de Janeiro de 1972, sobre *démarchage* financeiro (para contratos concluídos no domicílio, o artigo 21 determinou um prazo não inferior a quinze dias para fazer cessar a vinculação) e com a Lei n.º 72-1137, de 22 de Dezembro de 1972, relativa à protecção dos consumidores em matéria de *démarchage*/venda porta a porta (artigo 3, que conferiu ao cliente a faculdade de “renunciar”, num prazo de sete dias, por carta registada com aviso de recepção) e, na Alemanha, com a *Auslandinvestmentgesetz* (*Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen*, de 28 de Julho de 1969, BGBl I, de 31 de Julho de 1969, 986 ss): direito de desvinculação do comprador, a exercer, por escrito, no prazo de duas semanas, na compra e venda fora do estabelecimento, em matéria de investimento estrangeiro (§ 11).

Vide BYRON D. SHER, *The “cooling-off” period in door-to-door sales*, UCLA Law Review, 15, n.º 3, 1968, 717 ss (717-719), EIKE VON HIPPEL, *Widerrufsrecht des Abzahlungskäufers bei Haustürgeschäften?*, RabelsZ, 34, 1970, 504 ss (505) (com referência ao *Hire-Purchase* e outras indicações da década de 60: Áustria (1961), Suíça (1962), alguns

Estados da Austrália (1963), Canadá (1965), etc.), FRIEDRICH KORKISCH, *Verbraucherschutz in Schweden*, *RabelsZ*, 37/4, 1973, 755 ss (764), FEDERICO ORIANA, *La legge francese sulla vendita a domicilio e la protezione del consumatore*, *RTDPC*, XXIX, P. II, 1975, 1570 ss (1574-1575), JEAN-PIERRE PIZZIO, *Un apport législatif en matière de protection du consentement. La loi du 22 décembre 1972 e la protection du consommateur sollicité à domicile*, *RTDC*, 75, n.º 1, 1976, 66 ss (78 ss), RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, *RTDC*, 83, n.º 2, 1984, 228 ss (229-230) (com outras indicações legislativas francesas das décadas de 70 e 80), RAINER BECKER / JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE, *Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios analogos*, *RDP*, 80, 1996, 913 ss (913, nota 5), CLAUS-WILHELM CANARIS, *Wandlungen des Schuldrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung*, cit., 345, GÜNTER REINER, *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärung*, *AcP*, 203, 1, 2003, 1 ss (3), KARL LARENZ / MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., cit., 714, EVELYNE TERRY, *The Right of Withdrawal, The Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference*, in REINER SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2008, 145, nota 3, JENNY GESSNER, *Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht*, cit., 16, HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 68, CHRISTIAN LARROUMET / SARAH BROS, *Les Obligations. Le Contrat (Traité de Droit Civil, dir. CHRISTIAN LARROUMET, t. 3)*, 7ª ed., Economica, Paris, 2014, 236, JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9ª ed., cit., 580, CLAUDIA CONFORTINI, *A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura*, *Europa e diritto privato*, n.º 4, 2017, 1343 ss (n.º 2 e notas 16-20), PHILLIP HELLWEGE, *Right of Withdrawal in Distance and Off-premises Contracts*, cit., 506 ss, 526 e 568, JIANGQIU GE, *A Comparative Analysis of Policing Consumer Contracts in China and EU*, Springer, 2019, 213, JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui*, *RFDUL*, LXII, n.º 1, t. 1, 2021, 375 ss (396) e, entre nós, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3ª ed., Almedina, 2017, 963, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 106, nota 454 e FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *O direito de revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão*, *Scientia Iuridica*, t. LV, n.º 307, 2006, 457 ss (460 e respectiva nota 9, quanto ao Direito alemão).

europeu²⁷, foram impulsionados, especialmente, pelas sucessivas Directivas comunitárias²⁸, que, visando uma harmonização legislativa em matéria de protecção do consumidor²⁹, desde meados da década de 80, os acolheram e, uma vez transpostas para os ordenamentos internos, levaram à

²⁷ Também noutras latitudes encontramos direitos de livre desvinculação dos consumidores; como exemplos: o Código de Defesa do Consumidor brasileiro consagra, no artigo 49, o direito de arrependimento do consumidor, conferindo-lhe sete dias, a contar do contrato ou da recepção do bem, para “desistir do contrato” celebrado fora do estabelecimento, em especial, por telefone ou no domicílio; esta solução normativa é reiterada e reforçada, mediante um correspondente dever de informação a cargo do fornecedor, em matéria de contratação electrónica (Decreto n.º 7.962, de 15 de Março de 2013, artigo 5) – vide CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, 4ª ed., Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, 703 ss; LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES, *A protecção do consumidor e o direito ao arrependimento: uma ruptura com os postulados liberais dos contratos*, Revista Jurídica do Ministério Público, ano 2, n.º 3, 2008, 13 ss (19 e 24), ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*, Almedina, 2014, 145 ss e passim, FABRÍCIO GERMANO ALVES / HALISSA REIS, *Aplicabilidade do direito de arrependimento no comércio eletrônico em relação aos produtos personalizados*, Cadernos de Direito, vol. 17, n.º 32, 2017, 117 ss (119 e 131 ss), JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Os contratos de consumo celebrados pela internet. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Estudos de Direito do Consumo*, vol. V (coord. RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE / CARLOS LACERDA BARATA), AAFDL, Lisboa, 2017, 493 ss (527-528), *O direito de arrependimento nos contratos electrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 14, 2018, 113 ss (155 ss) e, mais recentemente, na sua tese de doutoramento *Direito à Informação. Repercussões no Direito do Consumidor*, Edit. Foco, Indaiatuba, 2022, 164 ss, 172-173, BRUNO MIRAGEM, *Curso de Direito do Consumidor*, 7ª ed., Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, 431 ss e AUGUSTO FRANKE DAHINTEN / BERNARDO FRANKE DAHINTEN, *Contratação à distância e direito de arrependimento do consumidor: comparação entre os regimes jurídicos do Brasil e de Portugal a partir do julgamento do caso C-641/19 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 18, 2022, 187 ss (199 ss e 212 ss). Também o Código Civil e Comercial argentino de 2014 (em vigor desde 1 de Agosto de 2015) estabelece, no seu artigo 1110, que “nos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais e à distância, o consumidor tem o direito irrenunciável de revogar a aceitação dentro de dez dias contados a partir da celebração do contrato...” – vide RUBÉN STIGLITZ, *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial*, tomo I – Contratos. Parte general, Thomson Reuters/La Ley, Buenos Aires, 2015, 421 ss e 430 ss e os comentários do mesmo Autor em MARISA HERRERA / GUSTAVO CAMELO / SEBASTIÁN PICASSO (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo III, libro 3º, Art. 724 a 1250, 2ª ed., Edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, 510 ss, bem como ANDRÉ NICOLÁS BELTRAMO / MAXIMILIANO DANIEL BONED, *Derecho de arrepentimiento del consumidor, comercio electrónico y diálogo de fuentes*, in *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*, coord. SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho, 2016, 159 ss (169 ss).

²⁸ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Direito de livre desvinculação do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. I, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO, Almedina, Coimbra, 2023, 707 ss (714 ss). Sobre as Directivas das décadas de 80 e 90, cfr. também JANKO BÜBER, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, Peter Lang, 2001, 37 ss.

²⁹ Sobre o tema, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Harmonização legislativa e protecção do consumidor (a propósito do anteprojecto do Código do Consumidor português)*, Themis, Edição Especial, *Código Civil português. Evolução e perspectivas actuais*, 2008, 183 ss = *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO / PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PAULA COSTA E SILVA, vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, 1447 ss; JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9ª ed., cit., 42 ss e 45 ss; SÁNCHEZ ABRIL / OLIVA BLÁZQUEZ / MARTÍNEZ EVORA, *The Right of Withdrawal in Consumer Contrats: a comparative analysis of American and European law*, cit., 30 ss; PIETRO SIRENA / YEHUDA ADAR, *La prospettiva dei remedi nel Diritto Privato Europeo*, RDCiv., LVIII, n.º 3, 2012, 360 ss (363).

consagração nos Direitos nacionais da União Europeia, incluindo o português, desta marca típica dos contratos de consumo³⁰.

O primeiro passo foi dado pela Directiva 85/577/CEE, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores na venda fora do estabelecimento, que atribuiu, ao consumidor, um “direito de renúncia”, a exercer por notificação à contraparte enviada no prazo de sete dias, a contar da data da recepção das devidas informações, a prestar pelo comerciante (artigos 5º e 7º)³¹.

Com especial relevo para a matéria em análise, seguiu-se a Directiva 97/7/CE, do Parlamento e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância³²: do seu artigo 6º constava a atribuição de um “direito de rescisão”

³⁰ Neste sentido, BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 228-229 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3ª ed., cit., 964, também sublinhando, quanto ao Direito português, que as várias consagrações do “direito ao arrependimento” do consumidor tiveram na origem transposições comunitárias, e, em termos genéricos, quanto à influência europeia nas leis de protecção do consumidor, *Da natureza civil do Direito do Consumo*, O Direito, 136º/IV, 2004, 605 ss (611 ss), *Tratado de Direito Civil*, I, 4ª ed., cit., 320 ss e XI, *Contratos em especial (1ª Parte)*, Almedina, 2018, 328 ss, *A Tutela do Consumidor de Produtos Financeiros*, in *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 51 ss (53 ss) e *O Direito dos consumidores em Portugal (2022)*, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. I, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO, Almedina, Coimbra, 2023, 27 ss (35 ss). Cfr. também PETER ROTT, *Information obligations and withdrawal rights*, cit., 188 ss e REINER SCHULZE, *The right of withdrawal*, in HANS SCHULTE-NÖLKE / LUBOS TICHY, *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Sellier european law publishers, Munich, 2010, 13 ss (13-14) e *Die Widerrufsrechte im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, in HANS SCHULTE-NÖLKE / FRYDERYK ZOLL / NILS JANSEN / REINER SCHULZE, *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Otto Schmidt / De Gruyter, Berlin, 2012, 151 ss (151-152).

³¹ JOCE L 372, de 31-Dez.-1985. A Directiva foi antecedida por uma Proposta, apresentada ao Conselho, pela Comissão, em 17-Jan.-1977 (JO C 22, de 29-Nov.-1977), posteriormente modificada (JOCE C 127, de 1-Jun.-1978). O texto da Proposta – muito inspirado na legislação francesa da década de 70, relativa à protecção dos consumidores em matéria de *démarchage*/venda porta a porta (cfr. GÉRARD CAS / DIDIER FERRIER, *Traité de Droit de la Consommation*, PUF, Paris, 1986, 290, JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9ª ed., cit., 580, FRANCESCO ASTONE, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Trattato di Diritto Privato Europeo*, a cura di NICOLÒ LIPARI, vol. 4º, 2ª ed., CEDAM, Padova, 2003, 30 ss (38 ss), MATTEO MAGRI, *Le vendite aggressive. Contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali*, cit., 86) – pode também ser confrontado, em versão italiana, em GUIDO ALPA, *Un progetto di direttiva comunitaria in materia di vendite a domicilio*, Riv. Soc., 22º, 1977, 980 ss (987-990).

Cfr. GEMMA BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1994, 55 ss, com uma análise detalhada da Directiva 85/577, incluindo o “direito de renunciar aos efeitos do compromisso” (111 ss) e as várias opções tomadas pelos Estados-membros na transposição da Directiva (119 ss), e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 872 ss. Entre nós, a Directiva de 1985 foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho.

³² JOCE L 144, de 4-Jun.-1997. Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *O Direito Comunitário do Consumo. Guia de estudo*, Estudos do Instituto de Direito do Consumo, vol. I, IDC/FDUL, Almedina, Coimbra, 2002, 63 ss; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, tomo I, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, 111 ss; MATTEO MAGRI, *Contratto a distanza*, DDP, Sez. Civ., aggiornamento 5, 2010, 367 ss (369 ss).

A transposição para o Direito interno português resultou do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, que revogou o referido Decreto-Lei n.º 272/87 e juntou, num só diploma, os regimes de várias figuras, em especial, os contratos à distância (2º a 12º) e os contratos ao domicílio ou equiparados (13º a 20º); o “direito de resolução”, a favor do

do contrato celebrado à distância, a exercer pelo consumidor, no prazo mínimo de sete dias úteis, sem pagamento de indemnização e sem indicação de motivo.

Também relativa à contratação à distância, mas no âmbito da comercialização de serviços financeiros destinados aos consumidores, a Directiva 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002³³, previu, igualmente, um “direito de rescisão” para o consumidor, determinando, no seu artigo 6º, que “os Estados-Membros devem garantir que o consumidor disponha de um prazo de 14 dias de calendário para rescindir o contrato, sem indicação do motivo nem penalização”, prazo a aumentar para 30 dias “no caso de contratos à distância, abrangidos pela Directiva 90/619/CEE, relativos a seguros de vida e no caso de operações referentes a pensões individuais”³⁴.

Na década seguinte, importa referir, em especial, a Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, sobre os direitos dos consumidores³⁵; tendo na base um processo ambicioso, de plena harmonização, a Directiva acabou por se cingir a objectivos mais modestos, tendo alterado as Directivas 93/13/CEE e 1994/44/CE e revogado as Directivas 85/577/CEE (contratos celebrados fora do estabelecimento) e 97/7/CE (contratos à distância). No confronto com as Directivas anteriores, sobre contratação fora do estabelecimento e à distância, a Directiva 2011/83/UE, de tendencial harmonização máxima³⁶,

consumidor, constava, para aqueles contratos, dos artigos 6º a 8º e, para estes últimos, dos artigos 18º e 19º. O Decreto-Lei n.º 143/2001 – objecto da Declaração de Rectificação n.º 13-C/2001, de 31 de Maio e alterado três vezes: Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março (práticas comerciais desleais), Decreto-Lei n.º 82/2008, de 20 de Maio (que alterou doze artigos do Decreto-Lei n.º 143/2001, o que motivou a sua republicação em anexo) e Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro (serviços de pagamento) – foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, adiante referido.

³³ JOCE L 271, de 9-Out.-2002. Esta Directiva – transposta para o ordenamento nacional pelo Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio (alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de Novembro) – foi alterada pelas Directivas 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005, 2007/64/CE, de 13 de Novembro de 2007 e 2015/2366/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015.

³⁴ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, t. I, 4ª ed., cit., 120 ss, SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *O direito de resolução do investidor na contratação de serviços financeiros à distância*, Direito dos Valores Mobiliários, vol. VII, 2007, 233 ss, MÁRIO FROTA, *Contratos à distância – o contrato de seguro*, Lusíada (Universidade Lusíada-Porto), n.º 1-2, 2002, 203 ss (207-208) = RPDC, n.º 35, 2003, 13 ss (18-19), PEDRO A. MUNAR BERNAT, *La directiva sobre contratos a distancia en materia de servicios financieros*, in *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Thomson/Civitas, 2003, 1189 ss (1195 ss).

³⁵ JOUE L 304, de 22-Nov.-2011. A Directiva foi objecto de transposição, para o Direito português, através do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, a que, adiante, voltaremos.

³⁶ Cfr. REINER SCHULZE, *The right of withdrawal*, cit., 18-19, ELIZABETH HALL / GERAINT HOWELLS / JONATHON WATSON, *The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, ERCL, vol. 8, 2, 2012, 139 ss (140-141, 154 ss, 162-163 e 165-166), REINHARD STEENNOT, *The right of withdrawal under the Consumer Rights Directive as a tool to protect consumers concluding a distance contract*, in *Computer Law & Security Review*, 29, 2013, 105 ss (113 ss), TOBIAS BRÖNNEKE / KLAUS TONNER, *Das Neue Schuldrecht. Verbraucherrechtsreform 2014. Internethandel. Widerrufsrechte. Informationspflichten*, Nomos,

complementou e ampliou o regime do direito de livre desvinculação do consumidor, unificando, nessa matéria, as regras relativas aos contratos à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial³⁷: artigos 9º a 16º e anexo I, sobre o chamado “direito de retractação”. A Directiva 2011/83/UE sofreu importantes alterações, introduzidas pela Directiva 2019/2161/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Novembro de 2019 (a chamada Directiva *Omnibus*)³⁸.

II. Entre as iniciativas dirigidas à harmonização do Direito dos contratos na União Europeia conta-se, especialmente, a resultante dos trabalhos da Academia dos Jusprivatistas Europeus (Pavia), que culminou com elaboração do anteprojecto de Código Europeu dos Contratos³⁹, cujo Livro I foi apresentado em 1999⁴⁰; no artigo 159 estabeleceu-se que – no caso previsto no artigo 9: relativo a contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – o consumidor insatisfeito ou arrependido podia fazer cessar o contrato (ou a sua proposta contratual),

Baden-Baden, 2014, 35 ss (36-38) (texto de KLAUS TONNER), LUKAS BECK, *Die Reform des Verbraucherschutzrechts*, Jura, 36/7, 2014, 667, CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 23 e, muito crítico, JÉRÔME HUET, *Le scandale de l’harmonisation totale*, Revue des Contrats, 2011/3, 1070 ss; MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, *La reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e informacion*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, n.º 2, 2015, 253 ss (256); entre nós, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *O novo regime da contratação à distância. Breve apresentação*, cit., 18-19 (harmonização plena mitigada) e JORGE PEGADO LIZ, *A Nova Diretiva sobre Direitos dos Consumidores*, Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, vol. II, n.º 2, 2012, 185 ss (206 ss) (harmonização total “direccionada”).

³⁷ Cfr., entre vários, ROBERTA DE HIPPOLYTIS, *La disciplina unitária del recesso*, em *La direttiva sui diritti dei consumatori (direttiva 25 ottobre 2011 n. 2011/83/UE)* (C), Il Foro Italiano, 135, 5, 2012, c. 177 ss, 186 ss (186-187), ELIZABETH HALL / GERAINT HOWELLS / JONATHON WATSON, *The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, cit., 154 ss, MARIA DEL SAGRARIO BERMÚDEZ BALLESTEROS, *El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, n.º 1/2012, 61 ss, em especial, 67 ss, EVA M. DOMÍNGUEZ PÉREZ, *Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 y su transposición al Derecho español*, Revista de Derecho de la Unión Europea, n.º 26, 2014, 261 ss, maxime 267 ss, MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, *La reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e informacion*, cit., 282 ss, MIGUEL ÁNGEL LARROSA AMANTE, *El Derecho de Desistimiento en la Contratación de Consumo*, Universidad de Murcia, Facultad de Derecho, 2015, 70, LUCA DI DONNA, *Codice di diritto privato europeo*, Wolters Kluwer, 2016, 313 ss.

³⁸ JOUE L 328, de 18-Dez.-2019. Esta Directiva – que alterou as Directivas 93/13/CEE, do Conselho, 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, visando uma melhor aplicação e a modernização das regras comunitárias em matéria de defesa dos consumidores – foi transposta para o ordenamento português pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro, e pela Lei n.º 10/2023, de 3 de Março.

³⁹ Cfr. Accademia dei Giusprivatisti Europei, *Code European des Contrats. Avant-project* (coord. GIUSEPPE GANDOLFI), I, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2004; II/1, 2007; II/2, 2008.

⁴⁰ Cfr. ANTUNES VARELA, *Code European des Contrats (Avant-projet) (Pavia)*, in *Um Código Civil para a Europa*, BFD (Studia Iuridica 64), Coimbra Edit., 2002, 47 ss (50-51) (texto da comunicação do Autor, que integrou a Academia, no Colóquio realizado em 23 e 24 de Junho de 2000, na Universidade de Coimbra).

mediante declaração escrita, nos prazos aplicáveis previstos nas disposições comunitárias, tendo em conta o facto de o consumidor ter ou não sido informado do seu direito.

O direito de livre desvinculação do consumidor está também presente no *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)⁴¹, sendo definido de modo amplo, como o direito, exercível num período limitado, de fazer cessar uma relação decorrente de um contrato ou outro acto jurídico, sem necessidade de justificação e sem incorrer em responsabilidade pelo incumprimento das obrigações decorrentes desse contrato ou acto jurídico⁴². Os traços gerais do *right of withdrawal* ocupam o capítulo V do livro II (5:101-5:202): um direito que opera por declaração à contraparte, sem necessidade de invocar um motivo (II.-5:102), exercido após a celebração do contrato, num prazo de 14 dias, a contar desse momento, da entrega dos bens ou da data em que for prestada a devida e correspondente informação (cfr. II.-5:104), com o limite de um ano após o contrato (II.-5:103)⁴³ e que tem como principal efeito a cessação da relação contratual e das respectivas obrigações (II.-5:105)⁴⁴. São especialmente contemplados os contratos celebrados, com

⁴¹ Em geral, sobre o *Projecto de Quadro Comum de Referência*, vide CHRISTIAN VON BAAR / ERIC CLIVE / HANS SCHULTE-NÖLKE (edit.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, outline edition, Sellier, Munich, 2009, GUIDO ALPA, *The Common Frame of Reference and the Europeanization of the Private Law*, in *Liber Amicorum Mário Frola. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 209 ss e, entre nós, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VI, 3ª ed., com colab. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Almedina, 2019, 268 e DÁRIO MOURA VICENTE, *Perspectivas da harmonização e unificação internacional do Direito privado numa época de globalização da economia*, Direito e Cidadania, ano IX, n.º 27, Praia-Cabo Verde, 2007/2008, 169 ss (178-179) e, principalmente, *Direito Comparado*, vol. II – *Obrigações*, cit., 598 ss.

⁴² A definição consta do anexo ao DCFR. Cfr. VON BAAR / CLIVE / SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., 569-570 e ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH, *Derecho de desistimiento*, in *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coord. A. VAQUER ALOY / E. BOSCH CAPDEVILA / M. P. SANCHEZ GONZÁLEZ, t. I, Atelier, Barcelona, 2012, 339 ss (341-342).

⁴³ Cfr. GEMA TOMÁS MARTÍNEZ, *Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*, cit., 566.

⁴⁴ Cfr. VON BAAR / CLIVE / SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., 201 ss. Sobre o tema, vide EVELYNE TERRY, *The Right of Withdrawal, The Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference*, cit., 145 ss, MARCO B. M. LOOS, *Review of the European consumer acquis*, Centre for the Study of European Contract Law. Working Paper Series n.º 2008/03, n.º 3.4 (disponível em <https://ssrn.com/abstract=1123850>), PETER ROTT, *The Right of Withdrawal in the Common Frame of Reference* (incluído no *Report from Oslo Workshops on Consumer Contracts 2007 and 2008*), *European Business Law Review*, 20/1, 2009, 212 ss (213 ss) e “*Technical Harmonization*” versus *Substantive Differences: Termination and Withdrawal in the Draft Common Frame of Reference*, in ALESSANDRO SOMMA, *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Wolters Kluwer, 2009, 163 ss, em especial, 166 ss, CARSTEN HERRESTAHL, *Consumer Law in the DCFR*, in *The Common Frame of Reference: a View from Law & Economics*, edit. GERHARD WAGNER, Sellier, Munich, 2009, 164 ss (179 e 191-192), REINHARD ZIMMERMANN, *Die Rückabwicklung nach Widerruf von Verbraucherverträgen*, *Juristische Blätter*, 132/4, 2010, 205 ss (207 ss), PHILLIP HELLWEGE, *Right of Withdrawal in Distance and Off-premises Contracts*, cit., 522 ss, ROCÍO DIÉGUEZ OLIVA, *El derecho de desistimiento en el marco común de referencia*, *InDret*, 2/2009, especialmente, 8 ss, ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH, *Derecho de*

consumidores, fora do estabelecimento comercial (incluindo, em regra, contratos concluídos à distância) (II.-5.201) e os *timeshare contracts* (II.-5-202)⁴⁵.

Ainda numa linha de uniformização do Direito privado europeu dos contratos, merece igualmente referência a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito Europeu Comum da Compra e Venda (CESL – *Common European Sales Law*), publicada com data de 11 de Outubro de 2011⁴⁶, tendo em vista a criação de um instrumento, facultativo, comum ao nível do Direito da compra e venda, facilitador do comércio internacional. Na Proposta – entretanto, abandonada, em favor das Directivas 2019/770, sobre contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais e 2019/771, relativa a certos aspectos dos contratos de compra e venda de bens⁴⁷ – encontra-se um significativo conjunto de disposições relativas ao

desistimiento, cit., 343 ss e *El plazo de desistimiento del consumidor en los instrumentos europeos de derecho contractual*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, n.º 43, 2012, 1047 ss, *maxime* 1052-1053, 1055 ss, 1060 ss e 1070 ss, VERÓNICA DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores*, cit., 160 ss, CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS / RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *The Mandatory Nature of the Right of Withdrawal*, in *European Perspectives on the Common European Sales Law*, edit. JAVIER PLAZA PENADÉS / LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO, Springer, 2015, 45 ss (48 ss) e SÁNCHEZ ABRIL / OLIVA BLÁZQUEZ / MARTÍNEZ EVORA, *The Right of Withdrawal in Consumer Contrats: a comparative analysis of American and European law*, cit., 35.

⁴⁵ Cfr. VON BAAR / CLIVE / SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., 203-204 e 205 e COSIALLS UBACH, *Derecho de desistimiento*, cit., 380 ss e 384 ss.

⁴⁶ COM/2011/0635 final, acessível em <http://eur-lex.europa.eu>. Cfr. também a subsequente Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 26 de Fevereiro de 2014: JOUE C 285, de 29-Ago.-2017.

Sobre o tema, na doutrina portuguesa, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VI, 3ª ed., cit., 269 ss e DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, vol. II, cit., 602 ss.

⁴⁷ Ambas no JOUE L 136, de 22-Mai.-2019.

Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português*, Revista Electrónica de Direito, n.º 3, vol. 20, 2019, 63 ss, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, EuCML (Journal of European Consumer and Market Law), vol. 8, 5, 2019, 194 ss, *Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y subministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – Ámbito de aplicación y grado de armonización*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 12, n.º 1, 2020, 930 ss, *Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales*, in *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, dir. ESTHER ARROYO AMAYUELAS / SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Marcial Pons, 2020, 31 ss, *Diretivas 2019/770 e 2019/771 e seu Impacto no Direito Português*, in JORGE MORAIS CARVALHO / INÊS CRISPIM / MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA / MARTIM FARINHA, *Diretivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-lei n.º 94/2021. Compra e venda, fornecimento de conteúdos e serviços digitais, conformidade, sustentabilidade e dados pessoais*, cit., 17 ss e *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 461 ss, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais*, Estudos de Direito do Consumidor, 15, 2019, 9 ss, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O futuro da compra e venda (de coisas defeituosas)*, ROA, 79, n.º 3-4, 2019, 723 ss, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *O direito europeu da compra e venda 20 anos depois. Comparação entre a Directiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, e a Directiva 2019/771/UE, de 20 de maio de 2019*, Revista de Direito Comercial, 2020, 1217 ss, LUÍS MENEZES LEITÃO, *A transposição da Directiva (UE) 2019/790 do Parlamento e do Conselho, de 17 de Abril de 2019, relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital*, ROA, 81, III/IV, 2021, 473 ss, PAULO MOTA PINTO, *Venda de bens de consumo. Apontamento sobre a transposição da Directiva (UE) 2019/771 e o Direito português*, Estudos de Direito do Consumidor, 17, 2021, 511 ss, ANDRÉ ALFAR RODRIGUES, *Direitos do consumidor em caso de falta de conformidade: uma análise ao regime das Diretivas 2019/770*

“direito de retractação” nos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial entre profissionais e consumidores: artigos 40º a 47º (correspondentes ao capítulo 4 da parte II do anexo I) e apêndices 1 e 2 (respectivamente, modelo de instruções relativas à retractação e modelo de formulário da retractação)⁴⁸.

3 CONSAGRAÇÃO LEGAL E FUNDAMENTOS

3.1 O DIREITO DE LIVRE DESVINCULAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA SOBRE CONTRATOS CELEBRADOS FORA DO ESTABELECIMENTO E À DISTÂNCIA

I. Como ficou referido, a lei não atribui genericamente um direito de livre desvinculação contratual ao consumidor. Contudo, além da norma, de aplicação residual⁴⁹, contida

e 2019/771, AAFDL, Lisboa, 2021, JORGE MORAIS CARVALHO / JOANA CAMPOS CARVALHO, *O(s) contrato(s) de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, org. ANABELA SOUSA GONÇALVES / ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / MARIANA FRANÇA GOUVEIA / RUI MOURA RAMOS / VÍTOR PEREIRA DAS NEVES, vol. II, Gestlegal, Coimbra, 2022, 409 ss.

A transposição das Directivas foi objecto do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, entrado em vigor em 1 de Janeiro de 2022. Sobre este diploma legal, vide SANDRA PASSINHAS, *O novo regime da compra e venda de bens de consumo – exegese do novo regime legal*, Revista de Direito Comercial, 2021, 1463 ss, JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e venda e fornecimento de conteúdos e serviços digitais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 outubro*, cit., *Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro – Apresentação geral*, in JORGE MORAIS CARVALHO / INÊS CRISPIM / MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA / MARTIM FARINHA, *Directivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-lei n.º 94/2021. Compra e venda, fornecimento de conteúdos e serviços digitais, conformidade, sustentabilidade e dados pessoais*, cit., 45 ss, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 482 ss e *La incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al ordinamiento jurídico portugués*, in *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, dir. LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, Atelier, Barcelona, 2022, 195 ss (197 ss), DAVID FALCÃO, *Análise à nova lei das garantias – DL 84/2021, de 18 de outubro*, ROA, 81, III/IV, 2021, 493 ss, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 14ª ed., Almedina, 2022, 135 ss, NEUZA LOPES, *O (re)equilíbrio dos dois pratos da balança: A proteção dos consumidores perante os avanços no mundo digital – Desenvolvimentos recentes no direito europeu e nacional*, RFDUL, LXIII, 1-2, 2022, 729 ss (735 ss), MARIA DE LURDES PEREIRA, *Contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais*, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. II, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO, Almedina, Coimbra, 2023, 189 ss. Anteriormente, a propósito do projecto de Decreto-Lei, MÁRIO FROTA, *Portugal – Conteúdos e serviços digitais – Nova lei em perspectiva*, Revista Judiciária do Paraná, ano XVI, n.º 22, 2021, 45 ss.

⁴⁸ Cfr. REINER SCHULZE, *Die Widerrufsrechte im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, cit., 160 ss; FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione normativa*, cit., 1051 ss; VERÓNICA DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores*, cit., 162 ss; REINER SCHULZE / JONATHAN MORGAN, *The Right of Withdrawal*, in *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, edit. GERHARD DANNEMANN / STEFAN VOGENAUER, Oxford University Press, 2013, 294 ss (296 ss, com um confronto entre as regras DCFR e CESL); CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS / RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *The Mandatory Nature of the Right of Withdrawal*, cit., 53 ss.

⁴⁹ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 284 e JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, Almedina, Coimbra, 2014, 95.

no artigo 9º, n.º 8, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (LDC – Lei de Defesa do Consumidor)⁵⁰ – que, salvaguardando regimes mais favoráveis, reconhece um “direito de livre resolução”, do consumidor, nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, que resultem da iniciativa do fornecedor de bens ou do prestador de serviços, nos termos do correspondente regime legal (Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro) – existem diversas e crescentes consagrações legais deste direito⁵¹, espécie de *ius poenitendi* a favor do consumidor, sempre marcadas por uma desconcertante variação terminológica.

II. Na legislação portuguesa, o direito de livre desvinculação do consumidor foi acolhido, em primeiro lugar, pelo Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, que transpôs, para o Direito interno, a referida Directiva 85/577/CEE, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores nos contratos celebrados fora do estabelecimento: nesse diploma, foi concedido ao consumidor um “direito de resolução” ou de “desistência”, nas vendas ao domicílio (artigos 4º e 5º) e nas vendas por correspondência (artigos 11º e 12º), a exercer no prazo de sete dias úteis, contados a partir da data do contrato ou, se posterior, da data da entrega da mercadoria. O diploma de 1987 foi revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, relativo aos contratos celebrados à distância e aos contratos ao domicílio e equiparados, também já revogado, pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, que transpôs, parcialmente, para a ordem jurídica nacional a já mencionada Directiva 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores⁵².

No Decreto-Lei n.º 24/2014, hoje em vigor⁵³, consagra-se, com um regime detalhado, um “direito de livre resolução” (artigos 10º ss), a favor do consumidor, na generalidade dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e dos contratos celebrados à

Cfr. RP 18-Dez.-2013 (JOSÉ AVELINO GONÇALVES), proc. n.º 1141/10.1TBMGR-A.C1, <http://www.dgsi.pt>, sobre a aplicação do artigo 9º, (à data) n.º 7 a um contrato de mediação imobiliária.

⁵⁰ Alterada, por último, pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro.

⁵¹ Para uma visão geral, cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Direito de livre desvinculação do consumidor*, cit., 727 ss.

⁵² Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 872 ss, com uma síntese da evolução legislativa.

⁵³ Doravante, as disposições normativas referidas sem indicação da fonte pertencem ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, na sua actual redacção (incluindo, portanto, as alterações introduzidas pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 78/2018, de 15 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de Janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro, pela Lei n.º 16/2022, de 16 de Agosto e e pela recente Lei n.º 10/2023, de 3 de Março, que procedeu à republicação do diploma).

distância⁵⁴, com um fornecedor de bens ou serviços; vale também para as vendas especiais esporádicas (artigo 25º)⁵⁵.

III. Os contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros estão sujeitos a um regime especial, vertido no Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio⁵⁶, em cujos artigos 19º e seguintes se inscreve, também, um “direito de livre resolução” do consumidor⁵⁷, a exercer no prazo de 14 dias, excepto nos contratos de seguro de vida e relativos à adesão individual a fundos de pensões abertos, em que o prazo é de 30 dias (20º/1 do mesmo diploma legal); em regra, o prazo para o exercício do “direito de livre resolução” conta-se a partir da data da celebração do contrato à distância ou da data da recepção, pelo consumidor, dos termos do mesmo e das devidas

⁵⁴ Além dos contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros, que estão submetidos a um regime próprio (adiante indicado), exceptuam-se as várias situações previstas no artigo 17º do Decreto-Lei n.º 24/2014, entre as quais se incluem, por exemplo, contratos de fornecimento de bens confeccionados de acordo com as especificações do consumidor ou manifestamente personalizados (17º/1, c)) e contratos de fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo (17º/1, h)); cfr., nomeadamente, JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 126 ss; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 356 ss; PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 84 ss; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Contratação eletrónica e tutela do consumidor, Estudos de Direito do Consumo*, vol. V (coord. RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE / CARLOS LACERDA BARATA), AAFDL, Lisboa, 2017, 129 ss (143) e *Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia*, RFDUL, LXII, n.º 1, t. 1, 2021, 209 ss (228); DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3ª ed., cit., 129 ss.

⁵⁵ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., especialmente, 905 ss; JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 90 ss; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 338 ss; PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 75 ss; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3ª ed., cit., 156-157; JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA / JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento*, in *I Congresso de Direito do Consumo* (coord. JORGE MORAIS CARVALHO), Almedina, Coimbra, 2016, 108 ss; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Dos contratos de consumo em especial*, ROA, ano 78, I/II, 2018, 125 ss (141 e 145) e *Direito do Consumo*, cit., 170; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Contratação eletrónica e tutela do consumidor*, cit., 140 ss e *Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia*, cit., 227-228; SANDRA PASSINHAS, *A proteção do consumidor no mercado em linha*, RFDUL, LXII, n.º 1, t. 2, 2021, 871 ss (890 ss).

⁵⁶ Alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de Novembro.

⁵⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, 702-703, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro*, RDES, L, n.º 3-4, 2009, 85 ss (106-107) (texto também publicado em *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, Universidade Católica Edit., Lisboa, 2011, 235 ss; aqui: 252), PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, Almedina, Coimbra, 2009, 68 ss, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A celebração à distância do contrato de seguro*, in *Contrato de Seguro. Estudos*, Coimbra Edit., 2009, 37 ss (62 ss), ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Contratação à distância e contrato de seguro*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 10, 2016, 91 ss, em especial, 138 ss, MARTA BOURA, *Serviços financeiros à distância*, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. I, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO, Almedina, Coimbra, 2023, 801 ss (825-826).

informações, se for posterior (20º/2); tratando-se de seguro de vida celebrado à distância, o prazo para a “livre resolução” conta-se a partir da data em que o tomador for informado da celebração do mesmo (20º/3 do mesmo decreto-lei).

3.2 FUNDAMENTOS

I. Genericamente, na base da atribuição de direitos de livre desvinculação a favor do consumidor está a sua debilidade ou vulnerabilidade⁵⁸. No entanto, as diversas consagrações normativas assentam numa multiplicidade de fundamentos específicos⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. SANDRA PASSINHAS, *O lugar da vulnerabilidade no Direito do consumidor português*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 15, 2019, 255 ss (300 ss). Sobre o tema, mais genericamente, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Vulnerabilidades e Direito civil*, RFDUL, LXII, n.º 1, t. 1, 2021, 21 ss, *maxime*, 22-23 e HUGO RAMOS ALVES, *Vulnerabilidade e assimetria contratual*, cit., 306 ss e ETTORRE BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, RDCiv., LXVIII, n.º 5, 2022, 939 ss, *maxime*, 955 ss.

⁵⁹ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 107 ss, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 445 ss e *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 283 ss, PETER MANKOWSKI, *Widerrufsrecht*, in JÜRGEN BASEDOW / KLAUS J. HOPT / REINHARD ZIMMERMANN, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, 1791, MARCO B. M. LOOS, *Rights of Withdrawal*, Centre for the Study of European Contract Law. Working Paper Series n.º 2009/04, 6 ss (acessível em <https://ssrn.com/abstract=1350224>), REINHARD ZIMMERMANN, *Die Rückabwicklung nach Widerruf von Verbraucherverträgen*, cit., 206, CARLA BAKER-CHISS, *Le droit de rétractation du contrat électronique*, in JUDITH ROCHFELD (dir.), *L'acquis communautaire. Le contrat électronique*, Economica, Paris, 2010, 133 ss (135 ss), REINHARD STEENNOT, *The right of withdrawal under the Consumer Rights Directive as a tool to protect consumers concluding a distance contract*, cit., 116 ss, CRISTINA DALIA, *Il recesso consumeristico di «libera valutazione» dell'affare*, Rivista di diritto privato, 4/2015, 487 ss (514-515), REINER SCHULZE / FRYDERYK ZOLL, *European Contract Law*, 3ª ed., cit., 161 e (à luz das Directivas comunitárias) KAI-OLIVER KNOPS, *Die unionsrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchseinwands – am Beispiel des Widerrufs von Verbraucherdarlehens- und Versicherungsverträgen*, RabelsZ, 85/3, 2021, 505 ss (531 ss). Cfr. também a síntese de ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, cit., 957.

II. Nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial⁶⁰, estão em causa procedimentos negociais, frequentemente agressivos⁶¹ e excessivamente persuasivos⁶², conduzidos por um profissional, que, aliados ao factor *surpresa*⁶³, que atinge o consumidor, implicam uma

⁶⁰ Sobre o tema, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 864 ss, com múltiplas indicações bibliográficas.

⁶¹ No sentido de que a venda porta a porta constitui uma prática comercial agressiva, vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, 90-91, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., 76, ARNALDO FILIPE OLIVEIRA, *Contratos negociados à distância – Alguns problemas relativos ao regime de protecção dos consumidores, da solicitação e do consentimento em especial*, RPDC, n.º 7, 1996, 52 ss (69), LUÍS MENEZES LEITÃO, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, 163 ss (169-170) (texto também publicado em O Direito, 134º-135º, 2002-2003, 69 ss) e *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*, in *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 369 ss (380), PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., 69 (implicitamente, quanto aos contratos fora do estabelecimento), JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 94, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 284, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 869, MARKESINIS / UNBERATH / JOHNSTON, *The German Law of Contract. A comparative treatise*, 2ª ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, 266, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Una nueva doctrina general del contrato?*, ADC, XLVI, 4, 1993, 1705 ss (1710), GEMMA BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, cit., 32-33, IRIS BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, cit., 43-44, MARIO BESSONE, *La tutela del consumatore nella recente evoluzione del diritto francese*, Il Foro Italiano, 97/V, c. 186 ss (192), FEDERICO ORIANA, *La legge francese sulla vendita a domicilio e la protezione del consumatore*, cit., 1574, CARLO PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Giuffrè, Milano, 2008, 41, ETTORE BATTELLI, in ENZO MARIA TRIPODI / CLAUDIO BELLÌ, *Codice del Consumo. Commentario del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, II ed., Maggioli Edit., 2008, 274 e *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, Europa e diritto privato, 3, 2014, 927 ss (938-939), ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 49, VALENTINA BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Giuffrè, 2012, 218, FRANCESCO RICCI, *I beni di consumo e la disciplina delle vendite aggressive*, Cacucci Edit., Bari, 2013, 151, ALFREDO CALDERALE, *Diritti dei consumatori e mercato in Italia*, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. I, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO, Almedina, Coimbra, 2023, 189 ss (212), RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, cit., 228, JUDITH ROCHFELD, *«Le contrat?... si je veux !»*, RTDC, n.º 4/2001, 968 ss (968), MARCO B. M. LOOS, *Rights of Withdrawal*, cit., 6 e *Right of Withdrawal – Interoperability of Directives*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series n.º 2013-11, Amsterdam Law School Research Paper n.º 2013-61, p. 6 (acessível em <https://ssrn.com/abstract=2343565>), PETER ROTT / EVELYNE TERRY, in HANS-W. MICKLITZ / JULES STUYCK / EVELYNE TERRY, *Cases, Materials and Texts on Consumer Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, 240, CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., 706. Na jurisprudência nacional, cfr. RP 19-Jan.-2010 (HENRIQUE ANTUNES), CJ XXXV/1, 2010, 185 ss (187).

⁶² Cfr. GIOVANNI GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., 70 e ALBERTO GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Giuffrè, Milano, 2008, 73 ss (referindo-se a uma “persuasão ambiental”).

⁶³ A importância do factor surpresa é, expressamente, reconhecida na Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, sobre os direitos dos consumidores (*considerando* n.º 37). Cfr. KAI-OLIVER KNOPS, *Die unionsrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchseinwands – am Beispiel des Widerrufs von Verbraucherdarlehens- und Versicherungsverträgen*, cit., 531 e ELIZABETH HALL / GERAINT HOWELLS / JONATHAN WATSON, *The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, cit., 155.

No sentido do texto, vide GÜNTER REINER, *Der verbraucher-schützende Widerruf im Recht der Willenserklärung*, cit., 9, identificando, nesta matéria, a *surpresa* como palavra-chave, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung”*, cit., 346-347, JÜRGEN OESCHSLER, *Schuldrecht. Besonderer Teil – Vertragsrecht*, Franz Vahlen, München, 2003, 204, LARENZ / MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil*

des Bürgerlichen Rechts, 9^a ed., cit., 715, PETER MANKOWSKI, *Widerrufsrecht und Rückgaberecht*, in Reiner Schukze / Hans Schulte-Nölke, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 357 ss (358) e *Widerrufsrecht*, cit., 1791, KATHRIN KROLL-LUDWIGS, *Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa*, cit., 511 e 529, CAROLINA BOXBERGER, *Wirksamkeit der Musterwiderrufsbelehrung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2010, 9, JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, Springer, 2010, 75-76, 77 e 78, SVEN HOEPPNER, *The Unintended Consequence of Doorstep Consumer Protection: Surprise, Reciprocation, and Consistency*, cit., 258 ss, CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 85, HEIN KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 2.^a ed., cit., 279 e 281, MICHAEL HÖHNE, *Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen im Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, 13, MICHAEL STÜRNER, *Der Widerruf bei Verbraucherverträgen*, JURA – Juristische Ausbildung, 38/1, 2016, 26 ss (26) e *Europäisches Vertragsrecht*, cit., 311, GSELL, *Verbraucherschutz*, no *Staudinger BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7.^a ed., cit., K16, GIORGIO DE NOVA, *Recesso*, cit., 318 e 319 e no *Trattato di Diritto Privato*, dir. PIETRO RESCIGNO, vol. 10, *Obbligazioni e contratti*, t. 2^o (SACCO / DE NOVA), UTET, Torino, 1995 (reimpr. 1998), 644-645, MARIA CARLA CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, RDCiv. XLV, P. II, 1999, 695 ss (697), PAMARIA REKAITI / ROGER VAN DEN BERGH, *Cooling-off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach*, cit., 373, NICOLÒ LIPARI, *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. 3^o, *L'attività e il contratto*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2003, 161 (texto de NICOLA SCANNICCHIO), VICENZO ROPPO, *Il Contratto del Duemila*, 2^a ed., cit., 29 e *Il Contratto*, 2.^a ed., cit., 866, MASSIMO FRANZONI, *Le Obbligazioni*, III, *Fatti e atti fonti di obbligazione*, UTET, Torino, 2005, 963, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 33, 44, 50, 70 e 133, REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, cit., 180 e *Die Rückabwicklung nach Widerruf von Verbraucherverträgen*, cit., 206, PASCAL PICHONNAZ, *La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier*, cit., 331, VINCENZO CUFFARO (dir.), *Codice del Consumo*, 3^a ed., cit., 386, FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione normativa*, cit., 1012-1013, ROBERTA DE HIPPOLYTIS, *La disciplina unitaria del recesso*, cit., c. 186, ETTORE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 938, 939-940 e 968, MARIA LUISA CHIARELLA, *Il recesso del consumatore: regole di settore e riflessi sistematici*, cit., 135-137, CLAUDIA CONFORTINI, *A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura*, cit., n.º 5, JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 25, 35 e 88, BADENAS CARPIO / BOLDÓ RODA, *Régimen jurídico de la llamada «venta directa». Las ventas domiciliarias y a distancia*, cit., 202, MARCO LOOS, *Right of Withdrawal – Interoperability of Directives*, cit., 9, ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*, cit., 49, ANTÓNIO GAMA RAMOS, *Contratos de venda ao domicílio. Breve abordagem a uma área conflitual no domínio dos contratos*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 4, 2002, 243 ss (252), TERESA MADEIRA, *Contratos ao domicílio e equiparados*, RPDC, n.º 41, 2005, 39 ss (41), FERNANDA NEVES REBELO, *O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor – Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio*, Revista Jurídica da Universidade Portucalense, n.º 13, 2008, 41 ss (63) e *O direito à informação do consumidor na contratação à distância*, in *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 103 ss (112), DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3^a ed., cit., 125 e 139 e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 866-867 (com mais indicações bibliográficas).

significativa pressão psicológica⁶⁴, que culmina em contratações irreflexivas e deficientemente ponderadas⁶⁵, sem que o consumidor tenha tido uma verdadeira liberdade de decisão⁶⁶ e real possibilidade de comparar condições, preços e características do bem adquirido⁶⁷.

III. Noutras situações, em particular, na contratação à distância, nomeadamente, através da *internet*, que constitui uma prática crescente⁶⁸ e, recentemente, incrementada pelas circunstâncias impostas pela pandemia Covid-19⁶⁹ – domínio marcado por uma assimetria

⁶⁴ As vendas ao domicílio são vistas como “vendas sob alta pressão” (*high pressure sales*): cfr. BYRON D. SHER, *The “cooling-off” period in door-to-door sales*, cit., 721-722 e, entre nós, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., 76, nota 3. Cfr. também JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 304, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA / JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento*, cit., 96, ALEXANDRA TEIXEIRA DE SOUSA, *O direito de arrependimento nos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento: algumas notas*, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabçadas Ataíde Ferreira*, Ed. DECO, 2016, 18 ss (26), RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, cit., 227, KATHRIN KROLL-LUDWIGS, *Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa*, cit., 529, HORST EIDENMÜLLER / FLORIAN FAUST / HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT / NILS JANSEN / GERHARD WAGNER / REINHARD ZIMMERMANN, *Towards a revision of the consumer acquis*, *Common Market Law Review*, 48, 4, 2011, 1077 ss (1084-1085 e 1100-1101), GEMA TOMÁS MARTÍNEZ, *Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*, cit., 545 e CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 85, HEIN KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 2.ª ed., cit., 279 e MARTIN EBERS, *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, cit., 858.

⁶⁵ Cfr., entre outros, MARISA DINIS, *Contratos celebrados à distância e contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – Da Diretiva à transposição para o ordenamento jurídico português*, RPDC, n.º 77, 2014, 11 ss (36). Na doutrina estrangeira, fundamentalmente no mesmo sentido, ALBERTO GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, cit., 70 e 73 ss, HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 82 e *Why Withdrawal Rights?*, cit., 12, CAROLINA BOXBERGER, *Wirksamkeit der Musterwiderrufsbelehrung*, cit., 9, SCHLINKER / LUDYGA / BERGMANN, *Privatrechtsgeschichte*, Beck, München, 2019, 36 (texto de STEFFEN SCHLINKER), C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, 3ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 364.

⁶⁶ Cfr. KAI ANDREAS SCHAFFELHUBER, *Zum Tatbestand des Haustürgeschäfts*, in *Droit de la consommation/Konsumenschutzrecht/Consumer law. Liber amicorum Bernd Stauder*, dir. LUC THÉVENOZ / NORBERT REICH, Nomos/Schultess, Zürich, 2006, 423 ss (425-426). Cfr. também NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 274.

⁶⁷ Cfr. MARIO BESSONE, *La tutela del consumatore nella recente evoluzione del diritto francese*, cit., 192, GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit. 27, JOSÉ Mª CABALLERO LOZANO, *Una compraventa especial: una venta fuera de establecimiento*, *Revista de Derecho Privado*, 78, 1994, 1047 ss (1049), KARL RIESENHUBER, *System and Principles of EC Contract Law*, ERCL, vol. 1, 3, 2005, 297 ss (308-309), MARCO LOOS, *Right of Withdrawal – Interoperability of Directives*, cit., 9, HEIN KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 2.ª ed., cit., 281 e MARTIN EBERS, *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, cit., 858.

⁶⁸ Cfr., por exemplo, JORGE MORAIS CARVALHO, *Comércio eletrónico*, BOA, n.º 27, Dez.-2019, 20 ss (20).

⁶⁹ Cfr. o *European E-Commerce Report 2021*, disponível em <https://ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2021/09/2021-European-E-commerce-Report-LIGHT-VERSION.pdf>.

Em Portugal, de acordo com os dados divulgados, em 20-Nov.-2020, pelo INE, “a percentagem de utilizadores de comércio eletrónico registou em 2020 o maior aumento da série iniciada em 2002”, tendo crescido, também, quer a quantidade das encomendas, quer o valor despendido em cada aquisição. E em 2021 verificou-se um acréscimo de utilizadores do comércio eletrónico de 5,2% em relação ao ano anterior (número apresentado pelo INE, em informação de 22-Nov.-2021).

contratual⁷⁰ e por alguma fragilidade do consumidor, em contratações, muitas vezes, precipitadas, propiciadas por um simples clique num “botão” de aceitação de uma compra por impulso⁷¹ – o fundamento essencial da protecção é outro: prende-se com a inexistência de efectivo contacto directo com o bem físico objecto da contratação, antes da sua recepção, o que dificulta o bom conhecimento das suas características e qualidade⁷², bem como com o profissional, o que, por

É evidente que o recolhimento domiciliário, obrigatório ou recomendável, potenciou, em larga escala, o uso da *internet* e, especialmente, a contratação à distância por via electrónica – cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *O crescente recurso às plataformas electrónicas e ao comércio electrónico durante a pandemia*, in BOA, n.º 31, Jan.-Abr. 2021, 39 ss – em vários períodos usada pelos consumidores como modo privilegiado de aquisição dos mais diversos bens, também em virtude do encerramento de estabelecimentos comerciais ou de restrições no acesso aos mesmos.

Todavia, noutras paragens, à pandemia ficaram também associadas medidas legislativas, excepcionais e temporárias, restritivas do direito de livre desvinculação do consumidor: assim sucedeu no Brasil, com a Lei n.º 14.010, de 10 de Junho de 2020, cujo artigo 8º determinou a suspensão, até 30 de Outubro do mesmo ano, da aplicação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, na hipótese de entrega domiciliária de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos.

⁷⁰ Cfr. EMILIO TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, Contratto e impresa, XXX, n.º 6, 2014, 1264 ss (1282-1283).

⁷¹ Cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, cit., 29-30, *Contratação eletrónica e tutela do consumidor*, cit., 129 e 140-141, *Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia*, cit., 226-227 e *Contratos eletrónicos e tutela do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. I, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO, Almedina, Coimbra, 2023, 829 ss (840-841). Cfr. também HUGO RAMOS ALVES, *Nótnula sobre a Venda à Distância e a Limitação Contratual da Responsabilidade dos Prestadores de Serviços em Rede*, in *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 271 ss (273) (acompanhando ELSA DIAS OLIVEIRA, naquele primeiro estudo), ARNALDO FILIPE OLIVEIRA, *Contratos negociados à distância – Alguns problemas relativos ao regime de protecção dos consumidores, da solicitação e do consentimento em especial*, cit., 60, CARLA BAKER-CHISS, *Le droit de rétractation du contrat électronique*, cit., 136 e ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 33 e 63.

Em sentido diferente, HORST EIDENMÜLLER / FLORIAN FAUST / HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT / NILS JANSEN / GERHARD WAGNER / REINHARD ZIMMERMANN, *Towards a revision of the consumer acquis*, cit, 1085, considerando que o consumidor que está frente ao seu computador pode livremente abandonar um determinado *website* e comparar, sem pressões, as condições aí apresentadas com as oferecidas por outros vendedores; assim – defendem os Autores (1098 ss) – nas vendas à distância não se justifica um direito de livre desvinculação atribuído de modo geral e em termos injuntivos, sendo preferível um sistema que permita ao consumidor optar por contratos com ou sem esse direito.

⁷² A justificação – por vezes, também invocada nos contratos celebrados no domicílio: cfr. JANKO BÜßER, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Das verbraucher-schützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, cit., 126 – foi assumida pela Directiva 97/7/CE, do Parlamento e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (*considerando* 14). Cfr. CRISTINA DALIA, *Il recesso consumeristico di «libera valutazione» dell'affare*, cit., 497.

No sentido do texto, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, cit., 97-98, *Tutela do Consumidor na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, 2004, 335 ss (346), *Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia*, cit., 226-227 e *Contratos eletrónicos e tutela do consumidor*, cit., 841, PAULO MOTA PINTO, *Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor*, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, 183 ss (187), CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 108 (embora sem referir, explicitamente, os contratos à distância), JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos eletrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 121, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 274, J. CALAIS-AULOY, *La vente à distance en Droit français*, RPDC, 1995/4, 16 ss (21), GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 103, BADENAS CARPIO / BOLDÓ RODA,

vezes, não permite, ao consumidor, perceber com exactidão quem é a contraparte e aferir a sua credibilidade e seriedade⁷³. Na contratação à distância de serviços financeiros⁷⁴ acresce ainda a importância do contrato, bem como a complexidade do objecto negocial⁷⁵.

4 REGIME LEGAL

Régimen jurídico de la llamada «venta directa». Las ventas domiciliarias y a distancia, cit., 201, IRIS BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, cit., 44-45, SÁNCHEZ ABRIL / OLIVA BLÁZQUEZ / MARTÍNEZ EVORA, *The Right of Withdrawal in Consumer Contrats: a comparative analysis of American and European law*, cit., 32, CARMEN PÉREZ DIOS, *Protección del consumidor y Derecho digital*, in *Tratado de Derecho digital*, coord. EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA / JUAN CARLOS HERNÁNDEZ PEÑA, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, 544 ss (555), JUDITH ROCHFELD, «Le contrat?... si je veux !», cit., 968-969, LORENZO CAVALAGLIO, *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, cit., 78 (referindo uma reduzida “consciência real do objecto”), ALBERTO GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, cit., 84, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 33, ROBERTA DE HIPPOLYTIS, *La disciplina unitaria del recesso*, cit., c. 186 e ETTORE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 939-940. Cfr. também JÜRGEN OESCHSLER, *Schuldrecht. Besonderer Teil – Vertragsrecht*, cit., 212-213, HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 74-75 e 103, JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 81, CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 85-86, MICHAEL STÜRNER, *Der Widerruf bei Verbraucherverträgen*, cit., 26 e *Europäisches Vertragsrecht*, cit., 311, MARCO B. M. LOOS, *Rights of Withdrawal*, cit., 7-9 (com muitas reservas), GEORGE BORGES / BERND IRLÉNBUSCH, *Fairness crowded out by law: An experimental study on withdrawal rights*, JITE (Journal of Institutional and Theoretical Economics) 163/1, 2007, 84 ss (85), HEIN KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 2.^a ed., cit., 283 e (com ressalvas), MARTIN EBERS, *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, cit., 858-859. Para uma visão crítica: KATHRIN KROLL-LUDWIGS, *Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa*, cit., 511 e, especialmente, 528.

⁷³ Vide LUÍS MENEZES LEITÃO, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, cit., 165-166, SARA LARCHER, *Contratos celebrados através da internet: garantias dos consumidores contra vícios na compra e venda de bens de consumo*, Estudos do Instituto de Direito do Consumo, II, IDC/FDUL, Almedina, 2005, 141 ss (146), ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Contratação à distância e contrato de seguro*, cit., 94, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA / JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento*, cit., 96, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8.^a ed., cit., 283-284 e 304, SANDRA PASSINHAS, *A protecção do consumidor no mercado em linha*, cit., 884-885, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 69-70, VICENZO ROPPO, *Il Contratto*, 2.^a ed., cit., 866, FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione normativa*, cit., 1013. Cfr. ainda JOHN DICKIE, *Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts*, Journal of Consumer Policy, 21, 1978, 217 ss, afirmando (porventura, com uma generalização excessiva) que a compra à distância é realizada “in dark”, quanto ao bem e quanto ao vendedor, sendo a atribuição de um *cooling-off period* o factor essencial para criar a confiança do consumidor nesse modo de contratação (217 e 223). Numa perspectiva crítica (pela desigualdade, em relação a outros modos de contratação): JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 76.

⁷⁴ Cfr. ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 77 e HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 87 ss e 103.

⁷⁵ Neste sentido, BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 234. Cfr. também MARCO B. M. LOOS, *Rights of Withdrawal*, cit., 9, HORST EIDENMÜLLER / FLORIAN FAUST / HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT / NILS JANSEN / GERHARD WAGNER / REINHARD ZIMMERMANN, *Towards a revision of the consumer acquis*, cit., 1102 (quanto ao seguro de vida), MICHAEL STÜRNER, *Der Widerruf bei Verbraucherverträgen*, cit., 26 e *Europäisches Vertragsrecht*, cit., 311, KAI-OLIVER KNOPS, *Die unionsrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchseinwands – am Beispiel des Widerrufs von Verbraucherdarlehens- und Versicherungsverträgen*, cit., 534 (partindo do Direito comunitário) e ALFREDO CALDERALE, *Diritti dei consumatori e mercato in Italia*, cit., 232-233.

4.1 INFORMAÇÃO

I. Existe um nexo particularmente estreito entre o “direito de livre resolução” do consumidor e a informação que lhe deve ser prestada⁷⁶, em cumprimento dos correspondentes deveres que impendem sobre o profissional⁷⁷. Para uma tutela efectiva do consumidor não basta que a lei lhe atribua o direito de, livremente, se desvincular do contrato, sendo necessário o conhecimento da titularidade do direito, das condições em que o pode exercer e do modo de o fazer⁷⁸.

Assim, nos contratos concluídos à distância e nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial⁷⁹ o fornecedor dos bens ou prestador de serviços deve:

- (i) Informar o consumidor acerca da existência do direito de se desvincular, do prazo em que o pode fazer e do modo de exercício do direito, facultando-lhe o devido formulário (artigo 4º/1, m) e parte B do anexo do Decreto-Lei n.º 24/2014)⁸⁰;

⁷⁶ Cfr., entre outros, GIUSEPPE GRISI, *Informazione (obblighi di)*, ED, Annali IV, 2011, 595 ss (614 ss), LAURA DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, cit., 255 ss, VERONICA BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, Europa e diritto privato, n.º 2, 2014, 455 ss (466 e 469), MARIA PIA PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2016, 90 ss, LUCIANA D'ACUNTO, *Il recesso nei contratti di consumo*, in *Il Recesso* (AA VV), Pacini Giuridica, Pisa, 2017, 145 ss (156 ss), ADRIANA ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, CEDAM, 2017, 18 e GEMA TOMÁS MARTÍNEZ, *Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*, cit., 546 ss.

⁷⁷ A amplitude dos deveres de informação ao consumidor é crescente (cfr. a longa lista de elementos objecto de informação constante das vinte e cinco(!) alíneas do n.º 1 do artigo 4º do Decreto-Lei n.º 24/2014; desde 28 de Maio de 2022, com a entrada em vigor das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, acrescem ainda regras com adicionais requisitos de informação nos contratos celebrados *on line* – artigo 4º-A) e, muitas vezes, excessiva, sendo, por isso, contraproducente: o excesso de informação gera, amiúde, falta de informação – cfr. REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, cit., 212 e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 895. Sobre esta questão, veja-se, em especial, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O direito à não-informação*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial, 2015, 45 ss e, mais sucintamente, *O Direito dos consumidores em Portugal (2022)*, cit., 46.

⁷⁸ Vide PETER ROTT, *Harmonising different rights of withdrawal: can German Law serve as an example for EC Consumer Law?*, German Law Journal, vol. 7, n.º 12, 2006, 1109 ss (1116 ss), PETER MANKOWSKI, *Widerrufsrecht*, cit., 1792, KATHRIN KROLL-LUDWIGS, *Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa*, cit., 521-522, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 87 e REINHARD STEENNOT, *The right of withdrawal under the Consumer Rights Directive as a tool to protect consumers concluding a distance contract*, cit., 108.

⁷⁹ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 905-906, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA / JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento*, cit., 58 ss. Antes do Decreto-Lei n.º 24/2014: JORGE MORAIS CARVALHO, *Prestação de informações nos contratos celebrados à distância*, in *Direito privado e Direito comunitário. Alguns ensaios*, coord. MARIA HELENA BRITO / RUI PINTO DUARTE, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Âncora Edit., 2007, 13 ss (89).

⁸⁰ O Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro (artigo 7º) introduziu alterações neste formulário, bem como no relativo à informação sobre o direito de livre resolução.

- (ii) Informar o consumidor de que, caso exerça o direito de livre desvinculação, suportará os custos com a devolução do bem e do respectivo valor, caso não seja possível a devolução por correio normal (4º/1, n));
- (iii) No caso de prestação de serviços que, por expresse pedido do consumidor, tenha início no decurso do prazo para o exercício do direito: informá-lo da obrigação de pagamento de um valor proporcional ao serviço prestado (nos termos do artigo 15º), caso o consumidor venha a desvincular-se do contrato (4º/1, o));
- (iv) Informar o consumidor, sendo o caso, acerca da própria e excepcional inexistência de direito de livre desvinculação (nas situações previstas no artigo 17º), bem como das circunstâncias em que o consumidor o perde⁸¹ (4º/1, p)).

II. Trata-se de um dever pré-contratual: a informação deve ser prestada antes da celebração do contrato e em tempo útil, devendo ser transmitida de forma clara e compreensível (4º/1)⁸².

As informações a que se referem as alíneas m), n) e o) do número 1 do artigo 4º podem ser prestadas no modelo/formulário de informação sobre o direito de livre desvinculação, que consta do anexo (parte A) ao Decreto-Lei n.º 24/2014 (4º/3).

No âmbito dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial as devidas informações devem ser fornecidas em papel, podendo, no entanto, com o acordo do consumidor, ser prestadas noutro suporte duradouro (4º/6).

⁸¹ Designadamente, prestação de serviços, quando estes sejam integralmente realizados após expresse consentimento do consumidor e este reconheça que, nesse caso, perde o direito de livre desvinculação se o contrato tiver sido plenamente executado (17º/1, a)) e fornecimento de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material, com obrigação de pagamento, com execução iniciada com consentimento prévio e expresse do consumidor e este reconheça que o consentimento implica a perda do “direito de livre resolução”, tendo o fornecedor dos conteúdos digitais efectuado a confirmação da celebração do contrato, nos termos do artigo 6º (para os contratos celebrados à distância) ou do artigo 9º/2 (para os celebrados fora do estabelecimento) (17º/1, l), com actual redacção dada pela Lei n.º 10/2023, de 3 de Março).

⁸² Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 319 ss; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os contratos fora do estabelecimento*, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. I, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO, Almedina, Coimbra, 2023, 767 ss (774).

Para o Direito italiano, cfr., em termos inteiramente equivalentes, o artigo 49/1 do *Codice del Consumo*.

III. A prova do cumprimento dos deveres pré-contratuais de informação incumbe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços: artigo 4º/8. A prática demonstra, porém, que esses deveres são muitas vezes incumpridos, nomeadamente, no comércio *on line*⁸³.

IV. O incumprimento de deveres de informação relativos à livre desvinculação do consumidor acarreta importantes consequências, nomeadamente, quanto ao tempo de exercício do direito, como, de seguida, se verá.

4.2 PRAZO

I. Nos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento o prazo geral, legalmente fixado, para o exercício do direito de livre desvinculação contratual é, actualmente, de 14 dias, contado nos termos gerais (artigo 279º do Código Civil) e, em regra, com início na data de celebração do contrato (na prestação de serviços) ou da entrega da coisa⁸⁴ (na compra e venda) ao consumidor ou a um terceiro, por si indicado, que não seja o transportador⁸⁵: artigo 10º/1, a) e b) do Decreto-Lei n.º 24/2014.

Contudo, presentemente, nos contratos celebrados (fora do estabelecimento) no domicílio ou na sequência de deslocações organizadas pelo profissional o consumidor dispõe de um prazo de 30 dias para se desvincular livremente do negócio (10º/1)⁸⁶.

II. As partes podem, por acordo, estipular um prazo mais alargado do que o fixado normativamente, que, assim, vale como mínimo legal (artigo 10º/4)⁸⁷.

⁸³ Em especial, quanto à disponibilização do formulário para exercício do direito de desvinculação do consumidor: umas vezes, por simples omissão, noutras, por prestação de informações incorrectas e noutras ainda por meras referências incompletas ou remissões para contactos posteriores, pretensamente informativos.

No entanto, o recurso aos formulários, de comunicação das informações e de exercício do direito de livre desvinculação – enquanto modelos uniformizados e simplificados, desde que não apresentem erros ou ambiguidades e na medida em que sejam correctamente utilizados – é, naturalmente, vantajoso para ambas as partes. Cfr. JOHANN KINDL, *Musterwiderrufsbelehrung. Der deutsche Gesetzgeber als Kautelarjurist*, Working Papers Jean Monnet Chair/European Private Law, Universitat de Barcelona, *working paper* 9/2017.

⁸⁴ Na terminologia legal: quando o consumidor adquirir a “posse física dos bens”.

⁸⁵ Nesta hipótese, a prestação de entrega a terceiro será liberatória (artigo 770º/a) do Código Civil).

⁸⁶ A inovação (em vigor desde 28 de Maio de 2022), com este prazo alargado para estas duas situações, justificada pela especial vulnerabilidade dos consumidores, normalmente, visados por esse tipo de contratações, resultou da alteração ao artigo 10º/1 do Decreto-Lei n.º 24/2014, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, ao abrigo da possibilidade conferida, aos Estados-membros, pela Directiva *Omnibus* (artigo 4º/8 da Directiva 2019/2161/UE).

⁸⁷ Cfr. o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 908, JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Os contratos de consumo celebrados pela internet. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 526 e, em geral, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 238-239. No mesmo sentido, à luz do ordenamento alemão, KAISER, no *Staudinger BGB*,

III. Por outro lado, o aumento do prazo pode resultar do incumprimento do dever informação quanto à existência do direito de livre desvinculação, ao prazo ou ao procedimento para o seu exercício, bem como da não disponibilização do devido formulário, nos termos acima referidos (artigo 4º/1, *m*): haverá, então, uma extensão do prazo por mais doze meses, conforme prescreve o artigo 10º, n.º 2⁸⁸; sendo essa informação prestada tardiamente⁸⁹, no decurso desses doze meses, o direito poderá ser exercido em 14 dias ou em 30 dias⁹⁰, contados da data em que o consumidor a receba (10º/3)⁹¹. Sanciona-se, assim, o incumprimento de alguns deveres de

§§ 346-361, Otto Schmidt/De Gruyter, 2012, comentário ao § 355, n.º 95; JÖRN FRITSCHKE, no *Münchener Kommentar zum BGB*, 3, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil II*, 8ª ed., Beck, München, 2019, em anotação ao § 355, n.º 5.

⁸⁸ O artigo 10º/2 referia-se ao incumprimento do “dever de informação pré-contratual determinado na alínea l) do n.º 1 do artigo 4.º”, sem atender às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro, por força das quais a informação em causa e o dever de disponibilização do formulário passaram a constar da alínea *m*) do artigo 4.º/1 do Decreto-Lei n.º 24/2014. O lapso foi finalmente corrigido, com a nova redacção, dada pela Lei n.º 10/2023, de 3 de Março.

No anterior regime dos contratos celebrados à distância (Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril) o incumprimento do dever de informação (previsto no artigo 5º) já acarretava um prolongamento (embora menos significativo) do prazo para o exercício do direito de desvinculação pelo consumidor, que passava a dispor, então, de 3 meses (artigo 6º/3). Cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, cit., 112-113 e nota 311, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 394-395 e na primeira edição do *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2013, 134 e FERNANDA NEVES REBELO, *O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, cit., 149. Com a comparação dos dois regimes, CHEN CHEN, *Contratos à distância em geral*, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. I, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO, Almedina, Coimbra, 2023, 775 ss (787).

Actualmente, o alargamento do prazo, para doze meses, vale para os contratos celebrados à distância e, também, para os celebrados fora do estabelecimento (ao contrário do que, quanto a estes, pareceria decorrer do artigo 9.º/1, que determina a nulidade do contrato em caso de omissão das devidas informações): é o que resulta do artigo 10.º/ 1 e 2.

⁸⁹ A letra do artigo 10.º/3 reportava-se à “informação pré-contratual a que se refere a alínea *n*) do n.º 1 do artigo 4.º”, sem atender a que, com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, à matéria corresponde a alínea *m*) do n.º 1 do artigo 4.º, como hoje lê no artigo 10.º/3, mercê da correcção efectuada pela Lei n.º 10/2023, de 3 de Março.

⁹⁰ O prazo de 30 dias vale para os contratos celebrados fora do estabelecimento, no domicílio do consumidor ou na sequência de deslocações organizadas pelo profissional.

⁹¹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 77, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 340-341, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 908, MARISA DINIS, *O direito à informação – consequências em caso de preterição dos deveres de informação*, cit., 103-104, ELSA DIAS OLIVEIRA, *Contratação eletrónica e tutela do consumidor*, cit., 142, *Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia*, cit., 227-228 e *Contratos eletrónicos e tutela do consumidor*, cit., 842, SANDRA PASSINHAS, *A proteção do consumidor no mercado em linha*, cit., 891.

Verifica-se uma uniformização das soluções normativas, para o que terá contribuído a Directiva 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores (cfr. GEMA TOMÁS MARTÍNEZ, *Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*, cit., 564 e BRIGITTA LURGER, *Widerrufsrechte*, cit., 72). Cfr., para o Direito alemão, o § 356/3 BGB (cfr. MICHAEL STÜRNER, anotação ao § 356, PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, *BGB Kommentar*, cit., 689-690, REINER SCHULZE, *BGB Handkommentar* SCHULZE / DÖRNER / EBERT / HOEREN / KEMPER / SAENGER / SCHEUCH / SCHREIBER / SCHULTE-NÖLKE / STAUDINGER / WIESE, 10ª ed., Nomos, 2019, anotação ao § 356, n.º 7, GSELL, *Verbraucherschutz*, no *Staudinger BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7ª ed., cit., K19, CHRISTIANE WENDEHORST, *Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie*, NJW 9/2014, 577 ss (582), CHRISTOPH SCHÄRTL, *Der verbraucherschützende Widerruf bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen*, JuS, 2014/7, 577 ss (580-581), CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 93); em

informação, a cargo do profissional, com o alargamento do prazo para exercício do direito, pelo consumidor⁹².

IV. Para aferir a tempestividade do exercício do direito releva o momento da expedição da declaração de “livre resolução”: é o que resulta do disposto no número 3 do artigo 11º, que considera o direito exercido desde que a declaração seja *enviada* antes do termo do prazo⁹³. Tratando-se, como efectivamente se trata, de uma declaração receptícia⁹⁴, esta solução normativa

Itália: artigo 53 do *Codice del Consumo* (cfr. ETTORE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 972 e ADRIANA ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, cit., 18); no Direito espanhol: artigos 71/3 e 105 do TRLGDCU (cfr. LUCÍA VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento*, InDret, n.º 4, 2014, 26 e VERÓNICA DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores*, cit., 145). Cfr. igualmente o artigo L 221-20 do *Code de la consommation*.

⁹² O exercício do direito não deixa de estar submetido a um prazo de caducidade, embora significativamente mais longo. Contudo, cabe recordar que, no caso Heininger, o Tribunal de Justiça CE proferiu, no respectivo processo (C-481/99: Georg Heininger e Helga Heininger v. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG), o acórdão de 13 de Dezembro de 2001, decidindo que, à luz da Directiva 85/577/CEE, o legislador nacional não pode aplicar “o prazo de um ano, a contar da celebração do contrato, para o exercício do direito de rescisão instituído pelo artigo 5º desta directiva quando o consumidor não foi informado nos termos do artigo 4º da referida directiva”; esta orientação foi depois contrariada, designadamente, no caso Hamilton (C-412/06: Annelore Hamilton v. Volksbank Filder eG, 10 de Abril de 2008), no qual, a propósito de um contrato de crédito de longa duração, com prestação de informações erradas sobre o direito de desvinculação do consumidor, se interpretou a mesma Directiva no sentido de os Estados-membros poderem prever que o direito fosse exercido, no máximo, no prazo de um mês após o cumprimento das obrigações contratuais. Hoje, diversamente do teor da Directiva de 1985, a Directiva 2011/83/UE determina um limite máximo de “12 meses após o termo do prazo de retractação inicial”, em caso de omissão de informação sobre o correspondente direito (artigo 10º). Cfr. REINER SCHULZE, *Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law*, *European Review of Private Law*, 13, 6, 2005, 841 ss (861) (na tradução: *Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo*, ADC, LIX, 1, 2006, 29 ss (52)), PETER ROTT, *Information obligations and withdrawal rights*, cit., 191, KATHRIN KROLL-LUDWIGS, *Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa*, cit., 522, JONAS C. RYBARZ, *Billigkeitserwägungen im Kontext des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, 115 ss, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 115-116, LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, *El prazo para desistir en los contratos con consumidores*, cit., 175, nota 54, ROBERTA DE HIPPOLYTIS, *La disciplina unitaria del recesso*, cit., c. 187-188, Brigitta Lurger, *Widerrufsrechte*, cit., 73, CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in Law*, 2.ª ed., Routledge, 2013, 81 e respectiva nota 101, STEFANO PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, RDCiv., LXI, n.º 2, 2015, 275 ss (276 ss), HEIN KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 2.ª ed., cit., 124 e respectiva nota 47, PHILLIP HELLWEGE, *Right of Withdrawal in Distance and Off-premises Contracts*, cit., 545 ss, MICHAEL STÜRNER, *Europäisches Vertragsrecht*, cit., 325, REINER SCHULZE / FRYDERYK ZOLL, *European Contract Law*, 3ª ed., cit., 168, e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 280 ss.

⁹³ Cfr. a solução equivalente no Direito alemão: § 355/1 BGB, segundo o qual basta que a declaração seja enviada dentro do prazo; assim, pode o consumidor aproveitar todo o período de 14 dias para tomar a sua decisão. Cfr. KAISER, *Staudinger BGB*, §§ 346-361, cit., comentário ao § 355, n.º 37, JONAS DAVID BRINKMANN, *Die verloren gegangene Widerrufserklärung*, ZJS, 6/2012, 744 ss, CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 57 e JÖRN FRITSCHKE, *Münchener Kommentar zum BGB*, 3, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil II*, 8ª ed., cit., anotação ao § 356, n.º 31, JÜRGEN TAEGER / SASCHA KREMER, *Recht im E-Commerce und Internet*, 2.ª ed., R&W, Frankfurt am Main, 2021, 209, THOMAS HOEREN, *Internetrecht. Ein Grundriss*, 4.ª ed., De Gruyter, 2021, 355 e MICHAEL STÜRNER, *Europäisches Vertragsrecht*, cit., 322. Para o Direito francês (considerando, também, a tempestividade da declaração de desvinculação que seja enviada antes de expirar o prazo): artigo R-222-4 do *Code de la Consommation*.

⁹⁴ Cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, em anotação ao acórdão da Relação de Lisboa de 23 de Junho de 1994, RPDC, n.º 0, 1994, 181 ss (183), PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3ª ed., cit., 157, JOSÉ CARLOS BRANDÃO

favorece o consumidor, no confronto com a que resultaria do regime geral de eficácia das declarações recipiendas, em que relevaria a recepção ou o conhecimento pelo destinatário (224º/1, primeira parte, do Código Civil).

4.3 FORMA E PROVA

I. A validade da declaração de desvinculação do consumidor nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e nos contratos celebrados à distância não depende de forma especial⁹⁵, em consonância com a regra geral da liberdade de forma (219º do Código Civil)⁹⁶. Com efeito, embora o Decreto-Lei n.º 24/2014 pareça privilegiar o exercício do direito através do preenchimento e do envio do correspondente modelo/formulário de “livre resolução” (11º/1, primeira parte), que, como vimos, deve ser facultado ao consumidor (4º/1, *m*)), é admitida qualquer outra forma⁹⁷, que corporize uma declaração inequívoca de desvinculação⁹⁸ (11º/1, *in fine*), a qual pode, portanto, ser comunicada por carta, *e-mail* ou verbalmente, incluindo por contacto telefónico ou por qualquer outro meio susceptível de prova (11º/2); prevê-se, também, a comunicação da desvinculação por via electrónica, no *sítio* do profissional na *internet*, quando ele possibilite essa

PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 241, nota 90, GRAVATO MORAIS, *O direito de revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão*, cit., 475 e *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, Coimbra, 2007, 160 e CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 908; cfr. também GIOVANNI GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., 139, ETTORRE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 956, GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 113 e 186, LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, *El prazo para desistir en los contratos con consumidores*, cit., 167 e HENRRY SOSA OLÁN, *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, cit., 174. Em sentido divergente, que não acompanhamos, FERNANDA NEVES REBELO, *O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor – Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio*, cit., 66 e JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Direito à Informação. Repercussões no Direito do Consumidor*, cit., 150.

⁹⁵ Para a celebração de contratos fora do estabelecimento, a lei prescreve a forma escrita (9º/1), não havendo, assim, simetria entre a forma exigida para a constituição e a forma da extinção do vínculo contratual.

⁹⁶ Também no domínio dos contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros (Decreto-Lei n.º 95/2006, artigo 21º/1 e 2) é admitido o exercício do direito por qualquer meio susceptível de prova, sem prejuízo de se prever, especialmente, a comunicação em suporte de papel ou outro meio duradouro.

⁹⁷ De modo semelhante, no Direito alemão, REINER SCHULZE, *BGB Handkommentar* SCHULZE / DÖRNER / EBERT / HOEREN / KEMPER / SAENGER / SCHEUCH / SCHREIBER / SCHULTE-NÖLKE / STAUDINGER / WIESE, 10ª ed., cit., anotação ao § 355, n.º 6; JÜRGEN TAEGER / SASCHA KREMER, *Recht im E-Commerce und Internet*, 2.ª ed., cit., 209; MICHAEL STÜRNER, *Europäisches Vertragsrecht*, cit., 321.

⁹⁸ Cfr. JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9ª ed., cit., 585; REINER SCHULZE, *BGB Handkommentar* SCHULZE / DÖRNER / EBERT / HOEREN / KEMPER / SAENGER / SCHEUCH / SCHREIBER / SCHULTE-NÖLKE / STAUDINGER / WIESE, 10ª ed., cit., anotação ao § 355, n.º 5.

opção, caso em que o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve acusar a recepção da declaração do consumidor, em suporte duradouro⁹⁹ e em 24 horas (11º/4)¹⁰⁰.

II. À margem do aspecto formal, a lei admite que a declaração de desvinculação seja produzida de modo tácito, *maxime* mediante a devolução do bem adquirido (11º/2).

III. A prova do exercício do direito de livre desvinculação cabe ao consumidor (11º/5), que, portanto, terá vantagem em utilizar o correio registado com aviso de recepção ou a via electrónica em termos que permitam a prova do envio¹⁰¹.

4.4 EFEITOS

I. Nos contratos celebrados à distância e nos concluídos fora do estabelecimento, o direito de livre desvinculação do consumidor não se insere na fase pré-contratual, de modo a suspender a formação do contrato durante o prazo para exercício do direito¹⁰²: diferentemente,

⁹⁹ A definição legal de *suporte duradouro* consta do artigo 3º/v) do Decreto-Lei n.º 24/2014.

¹⁰⁰ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 106; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 342; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 907.

¹⁰¹ Cfr. DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3ª ed., cit., 142.

¹⁰² Este modelo tem fortes raízes em França – onde, hoje, o actual artigo 1122 do *Code Civil*, resultante da reforma de 2016, contrapõe *prazo de reflexão* e *prazo de retractação* – com uma significativa corrente doutrinária defendendo que a “retractação” se insere na fase de formação do contrato: cfr. JEAN CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTDC, 93, n.º 2, 1994, 239 ss (244), JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9ª ed., cit., 572 e 586, RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, cit., 235 ss e 241; em sentido contrário: DIMITRI HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 2ª ed., Larcier, Bruxelles, 2016, 103-104 e PHILIPPE MALAURIE / LAURENT AYNÈS / PIERRE-YVES GAUTIER, *Droit des Contrats Spéciaux*, 8ª ed., LGDJ, 2016, 73-75; sobre o tema no Direito francês, cfr. também JEAN-PIERRE PIZZIO, *Un apport législatif en matière de protection du consentement. La loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, cit., em especial, 80 ss, STEPHANE DETRAZ, *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation*, Juris Classeur, Contrats – Concurrence – Consommation, n.º 5, Maio-2004, 7 ss (12-13), JANKO BÜBER, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Das verbraucher-schützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, cit., 206 ss e OLIVIER PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, Paris, 2012, 281 ss. Para uma análise desta questão no Direito alemão, vide BURKHARD BOEMKE, *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*, cit., 164-165 (com indicações jurisprudenciais e doutrinárias sobre a aproximação desse modelo a um contrato celebrado por um menor, a um negócio celebrado por um representante sem poderes ou sob condição suspensiva e à venda sujeita a prova) e CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 55, no Direito italiano, ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, cit., 963 ss (com múltiplas indicações) e, perante o ordenamento espanhol, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Una nueva doctrina general del contrato?*, cit., 1710 (inclinando-se para a defesa da posição que situa o arrependimento na fase formativa do contrato), GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 150 ss, IRIS BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, cit., 49 ss, GEMMA BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, cit., 264, LARROSA AMANTE, *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., 145-148, 181-182 e 436.

como resulta do tecido normativo¹⁰³, o direito opera na vigência do contrato, já constituído e eficaz¹⁰⁴.

II. Assim, mesmo no decurso do prazo para exercício do direito, o contrato produz os seus efeitos, embora estes possam vir a ser destruídos, caso sobrevenha, em tempo, a declaração de desvinculação do consumidor.

No caso da compra e venda, nos termos gerais, a transmissão da propriedade da coisa opera com a celebração do contrato (artigo 408º/1 do Código Civil) ou com a entrega ao adquirente, quando se trate de coisa objecto de obrigação genérica (artigos 540º e 541º), como sucederá na maioria das compras à distância. Contudo, a propriedade transfere-se, de certo modo, em termos precários, tendo em conta a eventual superveniência da declaração de desvinculação por parte do adquirente, que funciona, assim, como uma condição (imprópria) resolutiva; deste modo, na

¹⁰³ Vejam-se, entre outros, os artigos 10º/1 (“direito de resolver o contrato...”), 11º/6 (“extingue as obrigações de execução do contrato...”) e 12º/1 (“decisão de resolução do contrato...”) (itálicos nossos).

¹⁰⁴ Vide JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 83, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3ª ed., cit., 965, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3ª ed., cit., 57, 154 e 268, nota 571, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 327 e *Dos contratos de consumo em especial*, cit., 141 e 145, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 270-271, MARISA DINIS, *Contratos celebrados à distância e contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – Da Diretiva à transposição para o ordenamento jurídico português*, cit., 25, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 914 ss. No mesmo sentido, PAOLO GALLO, *Trattato del Contratto*, t. 1, cit., 838, UBALDO PERFETTI, *Il contratto in generale*, II – *La conclusione del contratto*, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dir. CICU / MESSINEO / MENGONI, contin. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2016, 87-88, GEMMA BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, cit., 264, ENRIQUE RUBIO TORRANO, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, *Estudios de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, 59 ss (72) e JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos eletrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 129 ss e *Direito à Informação. Repercussões*, cit., 153.

Em geral, sobre os dois esquemas em confronto – o modelo de eficácia suspensa (fase da formação do contrato) e o modelo de eficácia extintiva ou resolúvel (do contrato) – cfr. JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 81 ss, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 110 ss, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 451 ss, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 327, *Os direitos dos consumidores*, in CDP, 63, 2018, 3 ss (15) e *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 159, BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 247 ss, ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*, cit., 62 ss; cfr. também, com várias indicações, BURKHARD BOEMKE, *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*, cit., 164 ss, GÜNTER REINER, *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärung*, cit., 3 ss, CAROLINA BOXBERGER, *Wirksamkeit der Musterwiderrufsbelehrung*, cit., 12, ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, cit., 963 ss, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 130 ss, FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l’evoluzione normativa*, cit., 1031 ss, KAISER, *Staudinger BGB*, §§ 346-361, cit., comentário ao § 355, n.ºs 22-23 e JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Direito à Informação. Repercussões no Direito do Consumidor*, cit. 153-154.

ausência de regras especiais¹⁰⁵, terá aplicação a primeira parte do n.º 3 do artigo 796º do Código Civil, quanto ao risco de perecimento ou deterioração da coisa, que correrá pelo consumidor, que já a tenha recebido, durante o prazo para exercício do direito¹⁰⁶.

O consumidor, proprietário do bem recebido, pode inspecioná-lo e manipulá-lo – em regra, podendo, para tanto, abrir a embalagem, ainda que selada¹⁰⁷ – sem que com isso colida o direito de livre desvinculação; deverá fazê-lo com o devido cuidado e dentro dos limites habitualmente admitidos em estabelecimento comercial, sob pena de responder pelos danos causados¹⁰⁸: artigo 14º/1 e 2. Acrescenta a lei, com uma amplitude excessiva, que *em caso algum*, o consumidor é responsabilizado pela depreciação do bem quando o fornecedor não o tiver informado do seu direito de livre resolução (14º/3)¹⁰⁹.

¹⁰⁵ No Anteprojecto do Código do Consumidor foi incluída uma norma sobre a matéria, fazendo correr o risco por conta do profissional, até à restituição do bem pelo consumidor ou até decorrer o prazo para “resolver o contrato”: artigo 192º/1. Esta solução mereceu a explícita concordância do Professor BRANDÃO PROENÇA: *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 247.

¹⁰⁶ Neste sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 345-346 e JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 119. Com diferente posição, considerando, nomeadamente, que a atribuição do risco ao consumidor “vai contra a teleologia do direito”, BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 245 ss.

¹⁰⁷ Na maioria das situações, só desse modo o consumidor poderá tomar contacto com as concretas características e o funcionamento do bem. Por razões evidentes, a solução será diversa – não podendo, salvo acordo em contrário, o consumidor desvincular-se livremente do contrato – apenas quando se trate do fornecimento de bens selados não susceptíveis de devolução, por motivos de protecção da saúde ou de higiene, quando abertos após a entrega (17º/1, e)) ou do fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados, a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade após a entrega (17º/1, h)). Sobre esta última situação, cfr. ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial, 2015, 177 ss (192-193), considerando a exclusão do direito uma “medida excessiva”.

Cfr. a decisão arbitral do CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (Braga), de 6-Abr.-2020 (CARLOS FILIPE COSTA), processo n.º 1768/2019: um caso em que o consumidor exerceu o seu direito de livre desvinculação, num contrato de compra e venda, celebrado *on line*, de um telemóvel, após ter procedido à abertura da respectiva embalagem e ter violado o selo de garantia do fabricante, para experimentar (no caso, de modo excessivo) o aparelho.

¹⁰⁸ À margem da consequência indemnizatória, PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 79, acompanhado por DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3ª ed., cit., 142-143, sustenta a exclusão do direito de livre desvinculação quando o consumidor, por excessiva utilização do bem, durante o prazo para o exercício do direito, provoque a sua deterioração ou o seu perecimento.

¹⁰⁹ A norma espelha o regime estabelecido na Directiva 2011/83/UE (14º/2). No entanto, como já referimos noutra local – cfr. o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 911 – a solução legal, pela amplitude com que é formulada (“*em caso algum*”), parece-nos desequilibrada: admita-se, como exemplo, o caso de um consumidor que, embora não tendo sido informado pela contraparte, conhece inteiramente a existência e todos os contornos do seu direito de livre desvinculação, que acaba por exercer, depois de experimentar e usar o bem adquirido, danificando-o, com uma conduta grosseiramente descuidada.

Cfr. também STEFANO PAGLIANTINI, *L’ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, cit., 282, que – por referência ao artigo 57/2 do *Codice del Consumo*, com solução equivalente à estabelecida no artigo 14º/3 do Decreto-Lei n.º 24/2014 – sublinha a “imunidade total do consumidor” nesta situação, enquanto, diferentemente, JOÃO PEDRO LEITE BARROS,

III. Também nas prestações de serviços, constituídas à distância ou fora do estabelecimento, a eficácia contratual é imediata¹¹⁰, embora com as especificidades decorrentes do artigo 15º: quando o consumidor pretenda que a prestação do serviço, a que corresponda uma obrigação de pagamento, se inicie durante o prazo para exercício do direito de livre desvinculação, o profissional deve exigir que apresente um pedido expresso e o reconhecimento de que, sendo o contrato integralmente executado, o consumidor perde o direito de livre desvinculação (15º/1)¹¹¹, o que demonstra que o consumidor pode pedir a imediata realização da prestação, sem que a contraparte, a isso, se possa opor¹¹². Neste quadro, o prestador do serviço que, antes de terminar o período de reflexão e interpelado expressamente para o efeito, inicie a realização da prestação estará a praticar um acto devido, cumprindo (de modo não antecipado) a sua obrigação, decorrente de um contrato já perfeito e eficaz¹¹³. Em caso de desvinculação, o consumidor ficará obrigado ao

Direito à Informação. Repercussões, cit., 155-156, entende que a falta de informação não afasta a responsabilidade do consumidor pela depreciação do bem.

Noutro contexto, veja-se também GORDON DAWIRS, *Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehen – Ausschluss auch bei laufenden Verträgen und Sonderwissen des Darlehensnehmers?*, NJW 7/2016, 439 ss (442 ss), que, a propósito do mútuo para consumo, pondera a relevância do “especial conhecimento do consumidor”, usando, como exemplos, a situação de um jurista experiente ou a de um funcionário bancário, que trabalhe na área da concessão de crédito pessoal: mesmo sem a prestação das devidas informações pela contraparte, esses consumidores conhecem perfeitamente o direito de livre desvinculação que lhes assiste.

¹¹⁰ Já defendemos este entendimento no nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 915-916, nota 186.

Em sentido contrário, considerando que a eficácia do contrato fica suspensa até ao termo do prazo para o arrependimento, sem que o consumidor tenha exercido o correspondente direito, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 347 ss, JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 120, PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., 75 (quanto aos contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros, à luz do artigo 25º do Decreto-Lei n.º 95/2006) e JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos electrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 135 e *Direito à Informação. Repercussões no Direito do Consumidor*, cit., 156 (contudo, noutro local, em termos dificilmente compatíveis, o Autor afirma que o Decreto-Lei n.º 24/2014 “elegueu o modelo da eficácia resolúvel”: p. 154). Na jurisprudência, a propósito de um contrato de mediação imobiliária celebrado fora do estabelecimento comercial, RP 12-Set.-2022 (CARLOS GIL), proc. n.º 3099/20.0T8STS.P1, <http://www.dgsi.pt>, entendendo – em nossa opinião, sem razão – que o “direito de livre resolução” corresponde a uma condição suspensiva, sendo “temerário o começo da execução” da prestação do serviço durante o prazo para o seu exercício.

¹¹¹ Nos termos do novo n.º 7 do artigo 15º do Decreto-Lei n.º 24/2014, introduzido pela Lei n.º 10/2023, de 3 de Março, o pedido expresso deve ser apresentado em suporte duradouro, quando se trate de contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (uma exigência que, anteriormente, decorria do n.º 1 do artigo 15º e valia também para os contratos celebrados à distância).

¹¹² Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 347, reconhecendo que o profissional não se pode opor e deve realizar a prestação.

¹¹³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3ª ed., cit., 965, explicando que, no decurso do prazo para a desvinculação, “as partes (já) dispõem de pretensões de cumprimento”, bem como HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENDTLAND, *Das neue Schuldrecht*, Beck, München, 155 (texto de WALTER ROLLAND) e CAROLINA BOXBERGER, *Wirksamkeit der Musterwiderrufsbelehrung*, cit., 13-14.

pagamento de um valor proporcional ao serviço efectivamente prestado até ao momento da comunicação da desvinculação (15º/2 e 3)¹¹⁴, excepto se, quanto à prestação de serviços executados durante o prazo de “livre resolução”, (i) o profissional não tiver cumprido o dever de informação pré-contratual relativo à existência do direito de desvinculação, prazo e procedimento para o exercício, com entrega do formulário ou referente à obrigação de o consumidor pagar um montante proporcional ao serviço prestado, quando o direito de livre desvinculação seja exercido após apresentação do pedido ou (ii) o consumidor não tiver solicitado expressamente o início do serviço durante o prazo de livre desvinculação (15º/5, a)); e relativamente ao fornecimento de conteúdos digitais não disponibilizados em suporte material (i) se o consumidor não tiver dado prévio consentimento para o início da execução antes do termo do prazo para o exercício do direito de “livre resolução”, (ii) se o consumidor não tiver reconhecido que perde esse direito ao dar o seu consentimento ou (iii) se o fornecedor de bens não tiver fornecido a confirmação do consentimento prévio e expreso do consumidor (15º/5, b))¹¹⁵.

IV. Quanto aos efeitos do exercício do direito: a declaração de desvinculação, válida e eficaz, tem como primeira e principal consequência a extinção do contrato¹¹⁶, provocando a respectiva liberação dos contraentes, quanto às obrigações que dele resultavam¹¹⁷. Este efeito extintivo atinge, também, os contratos acessórios¹¹⁸, coligados com o contrato “resolvido”, levando à sua (impropriamente designada) “resolução automática”, nos termos do artigo 16º do Decreto-Lei n.º 24/2014, que ressalva o regime dos contratos de crédito a consumidores¹¹⁹: aqueles

¹¹⁴ Cfr. a sentença do Julgado de Paz de Vila Nova de Gaia, de 14-Dez.-2017 (PAULA PORTUGAL), proc. n.º 40/2017-JPVNG. Cfr. também PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 83 e MÁRIO FROTA, *Contratos à distância. Regras em vigor a 13 de Junho de 2014*, RPDC, n.º 78, 2014, 9 ss (10 e 17-18).

¹¹⁵ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 83-84; JORGE MORAIS CARVALHO, *O Direito português dos contratos eletrónicos*, Res Severa Verum Gaudium, vol. 3, n.º 2, 2018, 68 ss (79).

¹¹⁶ Artigo 11º/6 do Decreto-Lei n.º 24/2014, que prescreve, ainda, a extinção de “toda a eficácia da proposta contratual, quando o consumidor tenha feito tal proposta”, num segmento que decorre da transposição do artigo 12º/b) da Directiva 2011/83/UE, mas que perante o regime português – no qual o direito de livre desvinculação opera no âmbito de um contrato já celebrado – não terá conteúdo útil. Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial – Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 107 e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 909, nota 168.

¹¹⁷ Cfr. BRIGITTA LURGER, *Widerrufsrechte*, cit., 76, Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 2.ª ed., cit., 284.

¹¹⁸ O conceito legal de *contrato acessório* de um contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento consta, actualmente, do artigo 3º/g) do Decreto-Lei n.º 24/2014.

¹¹⁹ Cfr. artigo 18º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho; cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Almedina, Coimbra, 2009, 86 ss.

contratos acessórios (por exemplo, um contrato de seguro ou um contrato de assistência pós-venda) cessam automaticamente, o que corresponde, pois, à sua caducidade¹²⁰.

V. A par com a sua eficácia extintiva, a “livre resolução” do contrato implica uma *relação de liquidação*¹²¹ do mesmo (tendo, nesta medida, eficácia modificativa), que envolve, essencialmente, efeitos restitutivos.

Nos contratos celebrados fora do estabelecimento ou à distância, a principal obrigação do consumidor¹²² será a de proceder à devolução do bem que lhe tenha sido entregue (artigo 13º/1), devendo, para o efeito, conservá-lo (13º/3), embora, como vimos anteriormente, o direito de livre desvinculação não impeça o consumidor de o inspeccionar e manipular. A devolução ao fornecedor (ou a entrega a pessoa, para o efeito, autorizada) deverá ser realizada no prazo de 14 dias, contados da comunicação da “resolução” do contrato, caso o fornecedor não se disponibilize para recolher o bem objecto da restituição (13º/1).

Os custos com a devolução, em regra, são suportados pelo consumidor (13º/2)¹²³, só recaindo sobre o profissional nas seguintes situações: quando exista um acordo nesse sentido

Sobre a “propagação”, aos contratos de crédito coligados, da “livre resolução” do contrato principal, cfr., especialmente (embora no domínio do anterior regime legal), FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, cit., 176 ss e 260 ss.

¹²⁰ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 243-244; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 284; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 913. Cfr. também JÖRN FRITSCHKE, *Münchener Kommentar zum BGB*, 3, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil II*, 8ª ed., cit., anotação ao § 355, n.º 43.

¹²¹ Vide JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 243 e 269; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 910. Cfr. também REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, cit., 190 e *Die Rückabwicklung nach Widerruf von Verbraucherverträgen*, cit., 207.

Sobre a relação de liquidação na resolução contratual, vide JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil. Do enquadramento e do regime*, Coimbra Edit., 1982 (ed. 1996), 22, 69 e 160 ss e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3ª ed., cit., 930 ss e *Da resolução do contrato*, ROA, 80, III-IV, 2020, 445 ss (464-465 e 468).

¹²² O consumidor poderá ficar adstrito a outras prestações, inclusivamente, negativas: tratando-se de conteúdos ou serviços digitais, o novo número 5 do artigo 13º (aditado pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro) determina que, em caso de “livre resolução” do contrato, o consumidor fica obrigado a abster-se de os utilizar e de os colocar à disposição de terceiros.

¹²³ ELSA DIAS OLIVEIRA, *Contratação eletrónica e tutela do consumidor*, cit., 143 e *Contratos eletrónicos e tutela do consumidor*, cit., 843; PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 82; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 910; SANDRA PASSINHAS, *A Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores: algumas considerações*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial, 2015, 93 ss (129) e *A proteção do consumidor no mercado em linha*, cit., 892; JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Os contratos de consumo celebrados pela internet. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 528 e *Direito à Informação. Repercussões no Direito do Consumidor*, cit., 162, 169, 176-177 e 258; MARIANA DUARTE, *O novo regime dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento*:

(13º/2, a)); quando o profissional tenha incumprido o dever pré-contratual de informar o consumidor de que lhe cabe pagar os custos de devolução (cfr. artigo 4º/1, n)) (13º/2, b)); e quando, num contrato celebrado fora do estabelecimento, o bem tenha sido entregue no domicílio do consumidor, no momento da celebração do contrato e não possa, pela sua natureza ou dimensão, ser devolvido por correio, cabendo, então, ao fornecedor recolhê-lo e suportar o respectivo custo (12º/5)¹²⁴.

Em contrapartida, o consumidor tem direito à restituição das quantias pagas, que devem ser reembolsadas no prazo de 14 dias, a contar da data em que o profissional tenha sido informado¹²⁵ do exercício do direito de livre desvinculação (12º/1); a restituição deve ser realizada pelo mesmo meio que tenha sido usado, pelo consumidor, para efectuar o(s) pagamento(s), salvo acordo expresse em contrário e desde que o consumidor não incorra em custos com o reembolso (12º/2). Contudo, enquanto o consumidor não proceder à restituição do bem, o fornecedor pode, lícitamente, não realizar a sua prestação de devolução das quantias pagas (artigo 12º/4¹²⁶), mercê do nexó sinalagmático entre as prestações, que explica o apelo à lógica da excepção de não cumprimento, aplicável às obrigações recíprocas de restituição, decorrentes da resolução dos contratos, a operar a favor do fornecedor dos bens¹²⁷.

Incorrendo em mora, no cumprimento da obrigação de reembolso, o profissional fica sujeito a uma verdadeira sanção civil¹²⁸: é obrigado à devolução em dobro, no prazo de 15 dias

reforço da protecção do consumidor?, AB Instantia, ano II, n.º 3, 2014, 115 ss (118); DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3ª ed., cit., 143; CHEN CHEN, *Contratos à distância em geral*, cit., 797.

Com o entendimento oposto (considerando que, na falta de acordo em contrário, o custo da devolução fica a cargo do fornecedor do bem), JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 350 e JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial – Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 110 e 114.

¹²⁴ Cfr., com idêntico regime, o § 357/5 e 7 BGB: em regra, cabe ao consumidor arcar com os custos da devolução do bem. Vide GSELL, *Verbraucherschutz*, no *Staudinger BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7.ª ed., cit., K24.

¹²⁵ O que pressupõe a recepção ou o conhecimento, pelo fornecedor dos bens ou prestador de serviços, da declaração de desvinculação do consumidor, valendo, portanto, para este efeito, o disposto no artigo 224º/1, primeira parte, do Código Civil. Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, 241, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 911, nota 175 e JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 349.

¹²⁶ A norma refere-se, porém, à “retenção” do reembolso.

¹²⁷ Artigos 428º, 290º, 433º e 289º ss do Código Civil. Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 81 e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 911-912.

¹²⁸ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 912, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 352 (e, anteriormente, *Os Contratos de Consumo*, cit., 417), JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial – Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 112; veja-se igualmente PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do*

úteis, sem prejuízo do direito do consumidor a indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais (artigo 12º/6)¹²⁹.

5 CONFIGURAÇÃO DOGMÁTICA; NATUREZA

I. O consumidor pode provocar a extinção do contrato sem necessidade de fundamento legal ou contratual e sem precisar, sequer, de invocar um motivo para a sua desvinculação: trata-se, pois, de um *direito de exercício discricionário*¹³⁰, faceta que o termo *livre* evidencia¹³¹, sem prejuízo dos limites gerais ao seu exercício, *maxime* por via do princípio da boa fé (762º/2 do Código Civil) e, em especial, da proibição de abuso de direito (334º do Código Civil)¹³², que, naturalmente, verá a sua aplicação dificultada pelo exercício imotivado e discricionário do direito de desvinculação. Isto não significa que, pelo menos, em situações extremas¹³³, não sejam configuráveis situações de exercício abusivo do “arrependimento”, v. g. quando, com a desvinculação *ad nutum*, se pretenda prejudicar a contraparte¹³⁴, em casos de *venire contra factum*

estabelecimento comercial, cit., 81 (explicando que se trata de uma sanção compulsória) e HENRRY SOSA OLÁN, *Características del derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica*, cit., 109. Cfr. também RP 27-Abr.-2015 (CARLOS GIL), proc. n.º 4257/13.9TBM.TS.P1, <http://www.dgsi.pt> (identificando o carácter sancionatório).

¹²⁹ A solução é considerada desproporcionada por JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 244.

¹³⁰ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 257; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os direitos dos consumidores*, cit., 15, *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 160 e *Direito do Consumo*, cit., 151 (cfr. também *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 328: direito arbitrário); CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 918; ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 130 e 133; VERONICA BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, cit., 479; JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9ª ed., cit., 586; STÉPHANE DETRAZ, *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation*, cit., 7 e 11; LARROSA AMANTE, *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., 186; HENRRY SOSA OLÁN, *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, cit., 162 ss; ENRIQUE RUBIO TORRANO, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, cit., 71. No mesmo sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3ª ed., cit., 58 e 154, sublinhando que a cessação do contrato assenta num critério subjectivo do consumidor.

¹³¹ GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, cit., 79.

¹³² Vide PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3ª ed., cit., 154, GÜNTHER REINER, *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärung*, cit., 27 e ETTORRE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 966-967. Cfr. também MARCO B. M. LOOS, *Rights of Withdrawal*, cit., 15 ss, CHRISTIAN LARROUMET / SARAH BROS, *Les Obligations. Le Contrat*, cit., 236-237, dando nota de situações de abuso (no domínio dos seguros de vida), que, em razão do carácter discricionário da “faculdade de retractação”, não foram sancionadas pela *Cour de Cassation*, confundido, indevidamente, exercício discricionário e boa fé, e JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Direito à Informação. Repercussões no Direito do Consumidor*, cit., 156.

¹³³ Vide MICHAEL STÜRNER, *Europäisches Vertragsrecht*, cit., 327.

¹³⁴ Cfr. CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 58.

proprium ou noutras circunstâncias vedadas pelo artigo 334º; à margem de situações discutíveis¹³⁵ e sem ignorar comportamentos simplesmente oportunistas¹³⁶, assim sucederá se o consumidor adquire um bem com a finalidade de o usar, ainda que pouco tempo, e depois o devolver ao abrigo do seu “direito de arrependimento”¹³⁷.

Trata-se de um *direito potestativo*¹³⁸, que a lei atribui apenas a um dos contraentes: o consumidor, que por declaração unilateral provoca a extinção do contrato. Neste

¹³⁵ Por exemplo, o exercício do direito de desvinculação numa (e, por vezes, em mais do que uma) compra *on line* de coisa genérica (v. g. uma peça de vestuário), para, de seguida, o consumidor adquirir, ao mesmo vendedor, a “mesma” coisa, por preço mais baixo: uma prática frequente – e normalmente bem aceite pelos grandes comerciantes – em épocas de reduções sucessivas de preços.

Contudo, nada impede que, durante o prazo aplicável, o consumidor procure no mercado condições mais favoráveis e, encontrando-as, exerça o direito de livre desvinculação. Cfr. PETER MANKOWSKI, *Verbraucherschützendes Widerrufsrecht und Rechtsmissbrauch*, cit., 787 ss, *maxime* 791 e 792.

¹³⁶ Cfr. BRIGITTA LURGER, *Widerrufsrechte*, cit., 57-58, OREN BAR-GILL / OMRI BEN-SHAHAR, *Regulatory techniques in consumer protection: a critique of european consumer contract law*, *Common Market Law Review*, 50, 2013, 109 ss (120), SVEN HOEPPNER, *The Unintended Consequence of Doorstep Consumer Protection: Surprise, Reciprocation, and Consistency*, cit., 256, EDOARDO BACCIARDI, *Usi e abusi del diritto di ripensamento*, *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, n.º 2, 2022, 283 ss (285 e 287).

¹³⁷ MASSIMILIANO ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello jus poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2-3, 2001, 359 ss (384) e JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 547 e *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 290-291. Veja-se também FREDERICK RIELÄNDER, *Treu und Glauben im Verbrauchervertragsrecht. Eine Analyse der immanenten Schranken unionsrechtlich garantierter Widerrufsrechte*, *AcP*, 216/5, 2016, 763 ss (779 ss, *maxime* 781-782 e 802) e MICHAEL HÖHNE, *Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen im Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität*, cit., 41, considerando abusiva a conduta do consumidor que, antes da celebração do contrato, já tinha a intenção de exercer o direito de desvinculação. Sobre o tema, cfr. ainda ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, cit., 976 ss, ÂNIA MARQUES FLORENÇA, *O abuso do direito no Direito do Consumo*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2005, 78 ss (acessível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/15192/1/Floren%c3%a7a_2015.pdf), BAR-GILL / BEN-SHAHAR, *Regulatory techniques in consumer protection: a critique of european consumer contract law*, cit., 119 ss, JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos eletrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 150 ss, EDOARDO BACCIARDI, *Usi e abusi del diritto di ripensamento*, cit., 284 ss.

¹³⁸ Vide JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 81 e *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, cit., 756; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3ª ed., cit., 965; MIGUEL PUPO CORREIA, *Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade da informação?*, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, 165 ss (176); FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *O direito de revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão*, cit., 487 e *Contratos de crédito ao consumo*, cit., 167; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 109; FERNANDA NEVES REBELO, *O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor – Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio*, cit., 66; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 328, *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 160 e *Direito do Consumo*, cit., 150; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 234, 248 e 257; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 913; ALEXANDRA TEIXEIRA DE SOUSA, *O direito de arrependimento nos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento: algumas notas*, cit., 29 e 31; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 266, 270, 272 e 276; JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direito Real de Habitação Periódica: do bem de consumo, à realidade*, *O Direito*, ano 153º, IV, 2021, 675 ss (687) e nos *Estudos de Direito do Consumo*, vol. II, org. RUI ATAÍDE / FRANCISCO RODRIGUES ROCHA / VÍTOR FIDALGO,

circunstancialismo, o exercício do direito de livre desvinculação opera como uma *condição* (imprópria¹³⁹) *resolutiva*¹⁴⁰.

Almedina, Coimbra, 2023, 385 ss (398) (ou *Timesharing or Real Rights of Periodic Occupation: From Consumption Property to Reality*, in *International Journal of Humanities and Social Science*, vol. 11, n.º 9, 2021, 102 ss (108)); DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3ª ed., cit., 126; BURKHARD BOEMKE, *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*, cit., 178-179; JANKO BÜBER, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, cit., 201; LARENZ / MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., 721; JENNY GESSNER, *Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht*, cit., 22; KAISER, *Staudinger BGB*, §§ 346-361, cit., comentário ao § 355, n.ºs. 22, 31 e 89; CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 54; JÖRN FRITSCHKE, *Münchener Kommentar zum BGB*, 3, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil II*, 8ª ed., cit., anotação ao § 355, n.º 44; GSELL, *Verbraucherschutz*, no *Staudinger BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7.ª ed., cit., K17; VERENA KLAPPSTEIN, *Moderne Unverbindlichkeit? Ein gesellschaftliches Phänomen und seine rechtliche Begleitung*, cit., 193 e 203; THOMAS HOEREN, *Internetrecht. Ein Grundriss*, 4.ª ed., cit., 354; MICHAEL STÜRNER, *Europäisches Vertragsrecht*, cit., 312; ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 131; MATTEO MAGRI, *Le vendite aggressive. Contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali*, cit., 308; FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione normativa*, cit., 1016; ETTORE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 967; MARIA LUISA CHIARELLA, *Il recesso del consumatore: regole di settore e riflessi sistematici*, cit., 139; RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, cit., 241-242; GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 113-114 e 115 ss; LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, *El plazo para desistir en los contratos con consumidores*, cit., 167; LARROSA AMANTE, *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., 145-146 e 436; HENRRY SOSA OLÁN, *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, cit., 160-161; ENRIQUE RUBIO TORRANO, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, cit., 72; ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*, cit., 55; JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos eletrônicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 120, 123, 128 e 181 e *Direito à Informação. Repercussões no Direito do Consumidor*, cit., 148, 150, 153, nota 34, 163 e 175. Na jurisprudência nacional, a título ilustrativo: STJ 28-Abr.-2009 (FONSECA RAMOS), proc. n.º 2/09.1YFLSB, e RP 12-Set.-2022 (CARLOS GIL), proc. n.º 3099/20.0T8STS.P1, ambos em <http://www.dgsi.pt>.

¹³⁹ Num duplo sentido: porque potestativa e por se tratar de condição legal. Sobre os contornos das condições potestativas e das condições impróprias, vide, por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 5ª ed., com colab. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Almedina, Coimbra, 2021, 640-642 e no *Código Civil Comentado*, I – Parte Geral, CIDP/Almedina, 2020, 789-790.

¹⁴⁰ Cfr. JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 85, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 416 e 453 e *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 289, ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?*, cit., 341 ss (376, nota 59) e *Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?*, cit., 376, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3ª ed., cit., 270, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 914, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, cit., 150 e *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 159, CABALLERO LOZANO, *Una compraventa especial: una venta fuera de establecimiento*, cit., 1055, REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, cit., 24, CAMILLA FERRARI, *Ipotesi di qualificazione per il «recesso» del consumatore*, RDCiv., LVI, n.º 1, P. II, 2010, 1 ss, em especial, 22 ss, 33 ss e 38.

Noutra perspectiva, o direito de livre desvinculação do consumidor é um *direito irrenunciável*¹⁴¹ e *incondicionável*¹⁴², não valendo qualquer cláusula que implique a renúncia prévia ou que estipule algum “preço de arrependimento”¹⁴³ ou indemnização pelo exercício (11º/7 e 29º): o exercício do direito é, neste sentido, *gratuito*; no entanto, a injuntividade do regime legal deve ser entendida em termos relativos ou unilaterais, não invalidando convenções mais favoráveis para o consumidor¹⁴⁴.

II. O exercício do direito de livre desvinculação provoca, como vimos, a cessação do contrato, extinguindo-o *ex tunc*¹⁴⁵, o que parece aproximá-lo da resolução¹⁴⁶.

¹⁴¹ Cfr. CAROLINA CUNHA, *Métodos de venda a retalho fora do estabelecimento: regulamentação jurídica e protecção do consumidor*, Direito Industrial, vol. IV, 2005, 285 ss (301-302), JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 242, PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 78-79 e 90-91, ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?*, cit., 193, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 160, JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos eletrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 120 e *Direito à Informação. Repercussões no Direito do Consumidor*, cit., 175, RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, cit., 240, MARIA CARLA CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, cit., 698-699, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 133, VERONICA BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, cit., 485, JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9ª ed., cit., 586, HENRRY SOSA OLÁN, *Características del derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica*, cit., 109 e *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, cit., 166 e IRIS BELUCHE RINCÓN, *El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral*, Revista de Derecho Civil, vol. II, n.º 2, 2015, 69 ss (87).

¹⁴² JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 240, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 913, VERONICA BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, cit., 485.

¹⁴³ JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 76 e 82 e JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 237.

¹⁴⁴ Cfr. o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 908-909.

¹⁴⁵ Porém, excepcionalmente, a extinção pode operar em termos não retroactivos, em especial, quando se verifique a situação prevista no artigo 15º, devendo, então, o consumidor pagar o valor proporcional ao serviço efectivamente prestado durante o prazo para exercício do direito.

¹⁴⁶ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro*, cit., 107 e *Direito das Obrigações. Apontamentos*, 5ª ed., cit., 225-226 (tratando o “arrependimento”/ “direito de livre resolução” como um tipo de resolução).

Num cenário de persistente flutuação terminológica, que – desde logo, nas fontes¹⁴⁷, mas, também, na literatura especializada¹⁴⁸ – tem marcado o direito em apreço, no Decreto-Lei n.º 24/2014 (e noutros diplomas legais) é usada a designação *direito de livre resolução*, bem acolhida por parte da doutrina¹⁴⁹, mas que consideramos inadequada¹⁵⁰, por, em rigor, envolver uma contradição nos próprios termos e não espelhar a natureza do direito: a resolução não é livre, mas *vinculada*, estando *condicionada* por um fundamento legal (em regra, o incumprimento definitivo) ou convencional (artigo 432º/1 do Código Civil)¹⁵¹. A “livre resolução”, porque discricionária, não é uma resolução¹⁵², estando muito mais próxima da revogação (unilateral)¹⁵³.

¹⁴⁷ Sublinhando este aspecto, desde logo, por referência às Directivas comunitárias, SCHURR, *Geschäftsimmanente Abstandnahme*, cit., 8-9.

Deparamos com inúmeras designações: *direito de renúncia* (Directiva 85/577/CEE e Lei n.º 27/2020); *direito de desistência* (no revogado Decreto-Lei n.º 272/87); *período de reflexão* (Directiva 87/102/CEE, anexo); *direito de resolução* (Decreto-Lei n.º 275/93, Decreto-Lei n.º 357-D/2007, Directivas 2008/122/CE, 2009/138/CE e 2014/17/UE); *direito de rescisão* (Directivas 94/47/CE, 97/7/CE e 2002/65/CE); *arrependimento* (CVM); *período de renúncia* (Directiva 2002/83/CE), *direito de livre resolução* (Decreto-lei n.º 95/2006, Lei n.º 24/96 (LDC), Decreto-Lei n.º 72/2008 (LCS) e Decreto-Lei n.º 24/2014); *direito de retractação* (Directiva 2008/48/CE e Directiva 2011/83/UE, na redacção originária da LDC e Decreto-Lei n.º 17/2018); *direito de livre revogação* (Decreto-Lei n.º 133/2009).

¹⁴⁸ Cfr., com várias indicações, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 261 ss e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 916-917 e 918, nota 196.

¹⁴⁹ Vide, nomeadamente, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, cit., 109 e FERNANDA NEVES REBELO, *O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor – Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio*, cit., 70.

¹⁵⁰ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Harmonização da linguagem jurídica ao nível do Direito contratual europeu. Breves notas*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 8, 2006/2007, 109 ss (124) (considerando que a terminologia se presta a confusões); CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 917; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Direito do Consumo*, AAFDL, Lisboa 2023, 138 (preferindo “direito de retratação ou desistência”).

¹⁵¹ Cfr., nomeadamente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3ª ed., cit., 907 e 933, *Da resolução do contrato*, cit., 450-451, 462 e 471 e *Código Civil Comentado*, II – *Das Obrigações em Geral*, CIDP/Almedina, 2021, 250-251 e 258, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3ª ed., cit., 68 e 74 ss, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, 13ª ed., Almedina, 2021, 10, bem como JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil. Do enquadramento e do regime*, cit., especialmente, 88 ss.

¹⁵² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3ª ed., cit., 965, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 456-457 e *Manual de Direito do Consumo*, 8ª ed., cit., 288, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, cit., 109, FERNANDA NEVES REBELO, *O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor – Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio*, cit., 67, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 916-917, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Desvinculação programada do contrato*, Almedina, 2021 (reimpr. 2022), 76.

¹⁵³ No sentido de que o “direito de livre resolução” ou “direito ao arrependimento” é uma forma ou modalidade de revogação: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3ª ed., cit., 927 e 965 e *Direito Comercial*, 5ª ed., com colab. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Almedina, 2022, 650. Veja-se também JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 256-257, 260 e 270, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 264 ss, *maxime* 272-273 e (aderindo à posição do Professor MENEZES CORDEIRO) JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos electrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-*

Porém, tipicamente, no domínio contratual, a revogação é bilateral e não tem eficácia retroactiva, diversamente do que sucede com o *direito de livre desvinculação* do consumidor, na terminologia que consideramos preferível, por os especiais contornos da figura justificarem uma designação própria e autónoma: trata-se, afinal, de um modo *sui generis* de cessação do contrato¹⁵⁴.

Brasileiro, cit., 127-128, que, no entanto, mais recentemente, veio defender diferente posição, considerando que “o direito de arrependimento se aproxima mais da resolução”: cfr. JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Direito à Informação. Repercussões no Direito do Consumidor*, cit., 152 e 167.

¹⁵⁴ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 918-919 e *Direito de livre desvinculação do consumidor*, cit., 764-765, com várias indicações; mais recentemente: ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Direito do Consumo*, cit., 137-138, também defendendo que o direito em causa se diferencia da revogação, da resolução e da denúncia.

AS RECENTES INOVAÇÕES DA LEI DAS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS EM PORTUGAL

RECENT INNOVATIONS IN THE LAW ON GENERAL CONDITIONS OF CONTRACTS IN PORTUGAL

Mário Frota¹

RESUMO

O autor passa em revista as últimas modificações à (ou da) Lei das Condições Gerais dos Contratos (impropriamente designada, entre nós, como das Cláusulas Contratuais Gerais) que, para além de haverem instituído uma Comissão das Cláusulas Contratuais, definiu o tamanho da letra que há-de constar dos formulários de adesão e, consequentemente, dos contratos singulares que hão-de subscrever trabalhadores, consumidores e comerciantes ou empresários e equiparados (por extensão da norma que, em princípio e por deficiente técnica legislativa, contempla só – e tão só – os consumidores), pretendeu alargar a eficácia do caso julgado, do antecedente restrita às relações *ultra partes* que não *erga omnes*, e aparelhou uma moldura contra-ordenacional às condições absolutamente proibidas nos artigos expressamente vocacionados para as relações jurídico-mercantis e de consumo, cominando com o escalão mais gravoso das coimas tão desviantes regras particulares ditadas pelos predisponentes.

E insere as inovações legislativas a nível europeu no que se prende com as condições gerais dos contratos electrónicos oferecidas pelos prestadores dos mercados em linha.

Estima-se que este novo impulso tendente à supressão de cláusulas abusivas dos instrumentos contratuais seja coroada de sucesso com a diuturna intervenção da Comissão das Cláusulas Contratuais Gerais, que nem sequer é abrangente por nela se não fazerem representar nem trabalhadores nem empresários.

Palavras-chave: Comissão das cláusulas abusivas; Comissão das cláusulas contratuais gerais; Tamanho da letra; Condições gerais dos contratos; Cláusulas abusivas; Contra-ordenações muito graves; Eficácia do caso julgado; Direcção-Geral do Consumidor.

ABSTRACT

The author reviews the latest modifications to (or the) Law of General Conditions of Contracts (improperly referred to, among us, as General Contractual Clauses) which, in addition to establishing a Contractual Clauses Committee, defined the font size which must be included in the membership forms and, consequently, in the individual contracts to which workers, consumers and traders or entrepreneurs and similar individuals must sign (by extension of the standard which, in principle and due to deficient legislative technique, only contemplates – and

¹ Fundador e primeiro presidente da AIDC /IACL – Associação Internacional de Direito do Consumo Fundador e presidente emérito da apDC – associação Portuguesa de Direito do Consumo – Coimbra Fundador do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra e seu primeiro director.

so only – consumers), intended to expand the effectiveness of *res judicata*, of the antecedent restricted to ultra-parte relations that do not erga omnes, and set up an administrative framework for the conditions absolutely prohibited in the articles expressly focused on legal-mercantile and consumer relations, commencing with the most serious level of fines as deviant particular rules dictated by predisponents.

And it incorporates legislative innovations at European level regarding the general conditions of electronic contracts offered by online market providers.

It is estimated that this new impulse towards the suppression of abusive clauses in contractual instruments will be crowned with success with the day-to-day intervention of the General Contractual Clauses Committee, which is not even comprehensive because neither workers nor entrepreneurs are represented in it.

Keywords: Unfair clauses commission; General contractual clauses committee; Font size; General conditions of contracts; Abusive clauses; Very serious offenses; Effectiveness of *res judicata*; General Consumer Directorate.

INTRODUÇÃO

1 O NORMATIVO EM VIGOR EM PORTUGAL NÃO SE RESTRINGE AO ESPECÍFICO DOMÍNIO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO

O diploma legal que rege as condições gerais dos contratos, em Portugal ⁽¹⁾, foi dado à estampa a 25 de Outubro de 1985: com o começo de vigência diferido a 22 de Fevereiro de 1986.

É, por conseguinte, anterior à Directiva 93/13, de 5 de Abril de 1993, do Parlamento Europeu e do Conselho, que disciplinou as cláusulas abusivas, no seio da então Comunidade Europeia. O que determinou um sem-número de acertos e ajustamentos para se afeiçoar às regras emanadas de Bruxelas ⁽²⁾.

O seu âmbito de aplicação figura no primeiro dos artigos e nele se incluem:

As condições gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar; As cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo - de antemão elaborado - ao destinatário se não torne possível influenciar.

Dele se excluem, eis que importa registar ⁽³⁾ as cláusulas típicas aprovadas pelo legislador;

As cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal; Os contratos submetidos a normas de direito público; Os actos do direito da família ou do direito das sucessões; As cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

Mas o diploma em vigor não se restringe, como se assinala em epígrafe, às relações jurídicas de consumo.

Antes se aplica de análogo modo

Às relações jurídico-mercantis (contratos comerciais ou empresariais) e às relações jurídicas laborais (contratos individuais de trabalho).

Com fundamento, no primeiro caso, na secção II, sob a epígrafe “relações entre empresários ou entidades equiparadas” e no seu artigo 17, a saber,

“nas relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou colectivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica, aplicam-se as proibições constantes desta secção e da anterior.”

E, no segundo, por contraposição ao que prescreve a alínea e) do seu artigo 2.º, isto é: “este diploma legal não se aplica às cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho”: só as convenções ou os contratos colectivos é que se acham arredados da sua aplicação.

Por conseguinte, é bem mais amplo o campo de aplicação da Lei das Condições Gerais dos Contratos portuguesa que o da generalidade dos ordenamentos europeus.

2 A CRIAÇÃO DA COMISSÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: A SUA INSERÇÃO NUM LIMBO

O escopo de uma qualquer **Comissão das Cláusulas Abusivas** será o de analisar os formulários de adesão, como, aliás, sucede em França, onde serviço análogo fora criado em 10 de Janeiro de 1978, há já mais de 46 anos, incumbindo a uma tal estrutura carrear às entidades competentes o resultado da sua criteriosa análise, a fim se adoptarem as medidas consequentes, quer a título de prevenção como de repressão das cláusulas leoninas esparsas pelos contratos de adesão disponíveis nos diferentes segmentos do mercado de consumo (em geral, como em particular, na banca, nos seguros, no dos equipamentos informáticos, no dos electrodomésticos...).

De acordo com propostas de há muito formuladas, a que só o comprometedor silêncio dos órgãos de poder sobreveio, da Comissão das Cláusulas Abusivas deveriam fazer parte representantes dos distintos estamentos correlacionados.

Em nosso entender, na sua composição, deveriam figurar, entre outros, membros de

Instituições de Consumidores emergentes da sociedade civil (autênticas, autónomas e genuínas por forma a excluir as que se consagram a negócios sob a capa de protegerem os consumidores); **Instituições de Trabalhadores**, como sindicatos e associações representativas de trabalhadores; **Associações de Interesse Económico** (instituições empresariais com expressão), a saber: Confederação da Indústria; Confederação do Comércio e Serviços; Confederação do Turismo; **Personalidades de reconhecido mérito** (designadamente oriundas da Academia que ao tema se consagram obviamente); **Conselhos Superiores de um sem-número de estamentos**, a saber: Magistratura Judicial; Ministério Público; Ordem dos Advogados; Ordem dos Solicitadores; Ordem dos Economistas; Demais Ordens com relevantes conexões ao tema; **Órgãos da administração central directa do Estado**, a saber, *Direcção-Geral do Consumidor*, das *Empresas e Actividades Económicas*, da *Justiça*, do *Trabalho*; **Entidades Reguladoras** (Banca, Seguros, Serviços Públicos Essenciais, Concorrência...).

À **Comissão das Cláusulas Abusivas** incumbiria a tarefa de se expurgarem as cláusulas abusivas fundadamente detectadas de quaisquer suportes oferecidos pelos predisponentes ao universo a que se dirigem.

À **Comissão** poderia eventualmente ser cometida a função – de molde a prevenir o recurso às vias jurisdicionais – da celebração de **termos de ajustamento de conduta** com as cominações que nas hipóteses previstas couberem.

Conviria, com efeito, fosse a Comissão dotada de um instrumento, à semelhança do que ocorre no Brasil com outras entidades, designadamente, o Ministério Público, que têm ao seu alcance o ‘Termo ou Compromisso de Conduta’ a que se associaria uma *astreinte* (a sanção pecuniária compulsória, como se denomina entre nós) ajustada à circunstância.

O ordenamento português já dispõe de um preceito – Código Civil: artigo 829 – A – susceptível de recobrir a vertente situação ⁽⁴⁾.

Claro que o instituto teria de ser adaptado à circunstância, a menos que o **termo de ajustamento de conduta** fosse homologado por um qualquer **órgão de judicatura**... o que poderia, com efeito, frustrar o objectivo da celeridade, uma vez celebrado.

Aliás, a própria sanção pecuniária compulsória, enquanto tal e em termos adaptáveis, já se inscreve na mancha de dispositivos da Lei das Condições Gerais dos Contratos, a saber, em um domínio particular, o das consequências da “proibição definitiva”:

“1 - Se o demandado, vencido na acção inibitória, infringir a obrigação de se abster de utilizar ou de recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objecto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, incorre numa sanção pecuniária compulsória que não pode ultrapassar o valor de (euro) 4987,98 por cada infracção.

...

3 - A inobservância do preceituado no n.º 1 tem como consequência a aplicação do artigo 9.º”

Termo de ajustamento de conduta que constituiria como que um *título executivo* se acaso sobreviesse eventual incumprimento. E de molde a obviar às estafadas delongas do procedimento judicial, como ocorre malfadadamente entre nós, nos tempos que correm.

Aliás, do momento da instauração da acção colectiva, em regra pelo Ministério Público, ao trânsito em julgado da decisão nela vertida, decorrem não menos de 7, 8 anos, lapso de tempo em que os formulários de adesão, nomeadamente, com condições gerais oferecidas em geral à contratação, se continuam a passear pejados de cláusulas abusivas que fazem com que padeçam indefinidamente os consumidores na sua bolsa e demais aderentes cujos interesses e direitos se acham legalmente tutelados, mas de tal forma preteridos.

E o **expediente** que se destina a colmatar tal brecha terá de ser exactamente isso: **expedito**, que não burocratizante ou com dilações que se projectem ingloriamente no tempo.

A **Comissão das Cláusulas Abusivas** poderia desdobrar-se em secções especializadas, que apreciariam os modelos em circulação no mercado ou, a título de prevenção, os formulários que os agentes económicos entendessem submeter-lhes, *sponte sua* (por sua espontânea vontade).

A **Comissão** aprovaria o seu próprio regimento.

E constituiria decerto um precioso elemento para obviar à “legião” de cláusulas abusivas que povoam o mercado e constroem consumidores e os mais que subscrevem os formulários de adesão e os contratos-tipo elaborados institucionalmente (v.g., entre associações de interesse económico e associações de consumidores), se for o caso.

Não se pode continuar a perspectivar o fenómeno das **cláusulas abusivas** em Portugal com um olímpico e soberano desprezo, como pareceu ocorrer desde sempre, dadas as ruinosas consequências operadas na esfera dos consumidores e dos mais aderentes abarcados pela tutela que da lei decorre. Sem menoscabo das inúmeras espécies de facto apreciadas e julgadas pelas instâncias e pelo Supremo Tribunal de Justiça, mais em **acções singulares**, é facto, desde que os práticos despertaram para o fenómeno do que em decorrência das acções colectivas – das **acções inibitórias** – instauradas por entidades dotadas de legitimidade processual, como é o caso do **Ministério Público** ou da **Direcção-Geral do Consumidor** ⁽⁵⁾.

A constituição da **Comissão das Cláusulas Abusivas** é, realmente, uma vitória que poderemos, a justo título, reivindicar, como no-lo recordava, há dias, um renomado civilista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, algo que nos escapava, aliás, porque submersos em tarefas mil que se prendem com as fundas exigências do de um quotidiano plenamente preenchido.

Celebremos então - mas só e tão só quando a Comissão estiver a laborar em velocidade de cruzeiro e a produzir resultados de que haja reflexos no seu próprio estatuto do consumidor.

Num dos passos subsequentes contemplaremos as regras do direito posto, que nos merecem sérias reservas, porque menos ponderadas por um legislador desatento ou marcadamente incompetente.

3 A OUTORGA À DIRECÇÃO-GERAL DO CONSUMIDOR DE *LEGITIMATIO AS CAUSAM* PARA AS ACÇÕES INIBITÓRIAS E A LEGITIMIDADE DOS CONSUMIDORES SINGULARES: CONTRASTE NORMATIVO.

A Lei-Quadro de Defesa do Consumidor – Lei 24/96, de 31 de Julho – outorgou à Direcção-Geral do Consumidor, organismo da administração central directa do Estado na dependência do actual Ministério da Economia, *legitimatio ad causam* para as acções inibitórias em geral, de harmonia com o que prescreve a alínea c) do seu artigo 13, a saber:

“Têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores: ...
O Ministério Público e a Direcção-Geral do Consumidor quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos.”

E de análogo modo o fez em relação aos consumidores individualmente considerados no enunciado preceito:

“Têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores:
a) Os consumidores directamente lesados;
b) Os consumidores e as associações de consumidores ainda que não directamente lesados, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto;
c) ...”

No entanto, a Lei das Condições Gerais dos Contratos, anterior à própria Lei-Quadro, ora em vigor, não contempla nem a legitimidade processual activa da Direcção-Geral do Consumidor nem a dos consumidores individualmente considerados.

Aliás, o precipitado de entidades dotadas de legitimidade processual activa é o que consta do artigo seu 26, cuja formulação é a que segue:

“ 1 - A acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de [condições gerais dos contratos] só pode ser intentada:
a) Por associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva;

- b) Por associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, actuando no âmbito das suas atribuições;
 - c) Pelo Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado.
- 2 - As entidades referidas no número anterior actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada.”

Não se ignore que a Constituição da República prescreve no n.º 3 do seu artigo 52, em inovação de saúdar, no que tange ao instituto processual da *legitimatio ad causam*:

- “É conferido a todos, *pessoalmente* ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:
- a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural;
 - b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.”

A Lei da Acção Popular – Lei 83/95, de 31 de Agosto -, em desenvolvimento do ali se estabelece, confere no n.º 1 do seu artigo 2.º, em termos de “titularidade dos direitos de participação procedimental e do direito de acção popular”, legitimidade às pessoas naturais, como segue:

“São titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de acção popular ***quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos*** e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, ***independentemente de terem ou não interesse directo na demanda.***”

Daí que se entenda que quer os consumidores individualmente considerados, lesados ou não, quer a Direcção-Geral do Consumidor hajam de integrar o leque de entidades dotadas de legitimidade processual activa, em complemento das que se inscrevem na mancha do artigo 26 da Lei das Condições Gerais dos Contratos, noutro passo referenciada.

Nem se concebe que possa, neste particular, invocar-se a natureza peculiar da acção inibitória em matéria de prevenção e repressão de condições gerais absoluta e relativamente proibidas para se excluírem os legitimados, de harmonia com a Lei-Quadro,

Donde poder formular-se o que segue, numa ajustada correcção do dispositivo de que se trata (o DL 446/85, de 25 de Outubro) e que ao legislador, num qualquer emendar de mão, poderia ocorrer:

Art.º 26

Legitimidade activa

1 - A acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais só pode ser intentada:

- a) Por consumidores directamente lesados;
 - b) Por consumidores ainda que não directamente lesados, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto;
 - c) Por associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva;
 - d) Por associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, actuando no âmbito das suas atribuições;
 - e) Pelo Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado;
 - f) Pela Direcção-Geral do Consumidor, oficiosamente ou a rogo de qualquer consumidor.
- 2 - As entidades referidas no número anterior actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada.”

Em conclusão, há que integrar devidamente os sujeitos processuais dotados de legitimidade processual activa no correspondente dispositivo da Lei das Condições Gerais dos Contratos para que se afirme a harmonia do sistema, sem omissões nem exclusões.

4 A COMISSÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

4.1 A SUA CRIAÇÃO

Por Lei 32/2021, de 27 de Maio, emanada do Parlamento, se previu, a justo título, no seu artigo 1.º “a criação de um sistema de controlo e prevenção de cláusulas abusivas”.

E protraiu, de harmonia com o que no artigo 3.º se prescreve, “a regulamentação do sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas” até 60 dias após a sua publicação no jornal oficial (com rigor, até 26 de Julho subsequente), de molde a que o diploma original entrasse plenamente em vigor a 25 de Agosto de 2021.

O facto é que o Governo a que cumpria regulamentar a Comissão, ainda que instado insistentemente por instituições da sociedade civil, como no caso da sociedade científica em que laboramos, negligenciou uma tal providência, comprometendo decisivamente o começo de vigência da lei.

Longo o parturejar por manifesta inapetência e costumeira incompetência do Governo em funções, ao tempo, valha a verdade.

O Decreto-Lei 123/23, que a lume veio a 26 de Dezembro, como um tardo presente de Natal, exactamente dois anos e cinco meses após a data-limite por lei imposta, contemplou os aspectos que se destinavam a regular o diploma original, a saber, constitui (e não cria, como ali se grafa) a Comissão das Cláusulas Contratuais Gerais, outorga-lhe atribuições, define a sua composição e funcionamento, estabelece as directrizes de cooperação entre tal Comissão e as

entidades reguladoras ou de controlo do mercado, desenha o Portal das Cláusulas Contratuais Gerais, define o depósito de modelos de cláusulas, o Registo Nacional das Cláusulas Abusivas e protraí o funcionamento da Comissão para 90 dias após a sua constituição.

A esse propósito prescreve o aditado artigo 34 - N da Lei das Condições Gerais dos Contratos que “a organização e funcionamento da Comissão é definida nos termos do regulamento interno, a aprovar por maioria dos seus membros, no prazo de 90 dias após a sua constituição.»

O artigo 6.º do diploma regulamentar, de que se cura, estabelece, no entanto, sob a epígrafe “entrada em funcionamento da Comissão das Cláusulas Contratuais Gerais”. que a Comissão entra em funcionamento até 90 dias após a entrada em vigor do próprio diploma”, ou seja, a 26 de Março de 2024, o que de todo parece não haver acontecido, que se saiba, mergulhados que nos achamos no silêncio das iniciativas oficiais, qual nova “arcana praxis” irremovível a que os poderes insidiosamente nos habituaram.

E os termos parece colidirem, abrindo margem a uma sorte de vazio... Os tempos alongam-se e a inércia protraí-se.

4.2 A INOBSERVÂNCIA DOS PRAZOS POR UM GOVERNO SUMAMENTE RELAPSO

Ante a inobservância dos prazos impostos por lei, o autor veio sucessivamente a terreiro, em nome da instituição em que milita, clamando por que se desse forma à Comissão das Cláusulas Abusivas, regulamentando-a.

Em inícios de 2023, fê-lo nestes termos:

©OMISSÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS?

	I
Por intolerável OMISSÃO	
E muita ‘cera’ nos ouvidos	
Do Governo da Nação	
Os ‘prazos’... já mais que vencidos!	
	II
Que os contratos de ADESÃO	
De letras miúdas tecidos	
São fonte de inquietação	
Pelos ardis neles escondidos	
	III
É que as letras miudinhas	
Causam funda turvação	
São como que ervas-daninhas	
A reclamar supressão!	
E prosseguia a sua diatribe contra um Governo pouco propenso a encarar as questões neste passo co-envolvidas com a celeridade requerida, aliás, pré-determinada por lei.	
E a meio do ano, uma nova e contundente intervenção, sob a epígrafe:	

A “Nado-Morta” Comissão das Cláusulas Abusivas

“Essa Comissão ‘malquista’

A que o Poder é revel

Numa visão realista

Jamais sairá do PAPEL?...’

“Água mole em pedra dura”...

Tornemos à questão, que tende a eternizar-se... A ver se se “comovem” os “responsáveis”.

Cerca de dois anos depois... nem novas nem mandados!

A Comissão das Cláusulas Abusivas, criada a 27 de Maio de 2021, deveria ter sido regulamentada até 26 de Julho de 2021. Para que a lei, devidamente aparelhada, entrasse em vigor a 25 de Agosto de 2021.

Depois de pausa tamanha, da Comissão... nem rasto nem suspeição!

Ignorará o Parlamento tão clamorosa ofensa à legalidade perpetrada por um Governo que manda às urtigas a Lei-Quadro de Defesa do Consumidor e as mais leis emanadas do Parlamento?

Aos Governos parece interessarem só e tão só, no dia-a-dia, os contribuintes. E os eleitores... quando ‘cheira’ a eleições!

A Lei define, num dos seus dispositivos, de forma ambígua, é facto, que “a regulamentação ... inclui a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas, garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades.”

Mas o que daqui se tira, ao que se nos afigura, é que o objectivo é o de:

Dar forma a uma Comissão das Cláusulas Abusivas (com um amplo leque de atribuições na análise dos contratos pré-elaborados seja qual for o suporte adoptado em vista da sua exclusão);

Conferir ao caso julgado, nas acções inibitórias, sentido e alcance diverso do que ora se lhe reconhece – de “ultra partes” a “erga omnes” (ou seja, uma decisão proferida em concreto sobre uma dada condição geral aposta no formulário de adesão passaria a ter eficácia geral: aplicar-se-ia a todas e quaisquer cláusulas iguais constantes de formulários oferecidos por outros contraentes e, de análogo modo, em relação a contratos singulares já celebrados e cujas cláusulas se fundam em tais condições gerais havidas por proibidas (e incidentalmente nulas nos contratos singulares de que se trata).

O Governo, porém, talvez por não haver assimilado convenientemente a ideia, entendeu perspectivar a Comissão [de acordo com um mal amanhã anteprojecto que chegou à nossa esfera...], nestes termos:

“O sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas visa prevenir a utilização de cláusulas contratuais consideradas proibidas por decisão judicial transitada em julgado ou decisão administrativa que constitua caso decidido por outros proponentes em contratos com uso de cláusulas contratuais gerais.”

A Comissão “visa prevenir a utilização das cláusulas proibidas por decisão judicial” (e outras administrativamente decididas pelos reguladores?) “por outros proponentes” que as usem em formulários oferecidos no mercado?

A Comissão pôr-se-á de “atalaia” a ver se as condições gerais proibidas são recomendadas por esse ou por outros predisponentes?

Com franqueza, não se nos afigura que essa seja a filosofia adoptada.

A Comissão terá esse papel sem se “mexer” na eficácia do caso julgado? É algo que nos escapa...

Dois anos depois, nem Comissão nem alterações a vigorar!

Com franqueza, são equívocos a mais para tão nobres propósitos!

Que esperar do Governo, ante o que nos habituou?

Nem política de consumidores. Nem secretaria de Estado que da execução de uma política autêntica se ocupe. Nem preocupações que visem as pessoas de carne e osso que sofrem na pele as agruras da escassez de bens, da permanente especulação [atente-se nos lucros obscenos da banca, das petrolíferas, das grandes companhias...] e da rarefacção de rendimentos, talvez sirva um povo de si esquecido e que suporta qualquer autocracia, seja qual for o modelo, sobretudo com aparentes tiques de “abertura”, de “liberdades”, mas que de todo não cumpre qualquer desígnio de Cidadania, por mais esbatido que tal se revele no dia-a-dia!

A Comissão será mais uma obra de Santa Engrácia (das que principiam e jamais se concluem)?”

Entretanto, em pleno estertor, já com o Parlamento dissolvido e as datas do novo acto eleitoral definidas, surge enfim a ansiada regulamentação pelo Decreto-Lei n.º 123/2023, de 26 de Dezembro.

4.3 O DIPLOMA ESTRUTURANTE E A SUA AINDA INEFICIÊNCIA

O Decreto-Lei 123/23, de 26 de Dezembro, de cujo conteúdo ora se cura, procede inconsequentemente, como noutro passo se assinalara, à criação da Comissão quando tal tem a sua génese na Lei 32/2021, segundo a qual, no seu artigo 1.º se provê à “a criação de um sistema

de controlo e prevenção de cláusulas abusivas”, cuja regulamentação se difere para diploma do Executivo.

O artigo 2.º do diploma regulamentar prescreve, porém, “é criada a Comissão das Cláusulas Contratuais Gerais (Comissão), entidade administrativa independente, de natureza consultiva a funcionar junto dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da justiça e da defesa do consumidor.”, “responsável pela operacionalização do sistema administrativo de controlo e prevenção das cláusulas abusivas.” (DL 446/85: artigo 34- E).

No que tange às atribuições da Comissão das Cláusulas Contratuais Gerais, compendiem-se as que segue:

A Comissão prossegue, em geral, as atribuições que incidam sobre contratos que integrem já condições gerais ou condições outras elaboradas para utilização futura, desde que não versem sobre domínios sujeitos à função reguladora e fiscalizadora das entidades reguladoras ou de controlo de mercado competentes, nos termos da legislação sectorialmente aplicável.

O que quer significar que de fora fica a esmagadora maioria dos contratos cabíveis na esfera dos Reguladores, num inqualificável desdobramento de atribuições, quando os reguladores são, em geral, omissos neste particular!

À Comissão incumbem, designadamente e em particular, as seguintes atribuições:

Solicitar aos predisponentes, através da Direcção-Geral do Consumidor, contratos ou formulários que integrem condições gerais, *ut supra*,
Emitir recomendações visando a supressão ou alteração de condições gerais ou de cláusulas contratuais elaboradas para utilização futura, de harmonia com o que preceitua a lei;
Comunicar ao Ministério Público e, adicionalmente, caso aplicável, à entidade demandante, dotada, pois, de apropriada legitimidade processual, qualquer situação de incumprimento da obrigação de abstenção por parte do predisponente, parte vencida em acção já transitada em julgado, de utilizar ou de recomendar condições gerais que tenham sido objecto de proibição definitiva;
Emitir parecer sobre o eventual carácter proibido de condições gerais, a instâncias dos tribunais judiciais;
Apreciar as iniciativas legislativas relativas à proibição ou regulamentação de condições gerais que lhe sejam submetidas;
Gerir, organizar, actualizar de forma periódica e proceder à manutenção do Portal das Cláusulas Contratuais Gerais (Portal), garantindo, designadamente, que do mesmo constem os documentos noutro passo enunciados ⁽⁶⁾

Na prossecução das suas atribuições, a Comissão pode, sempre que entender necessário, ouvir associações de consumidores e associações de interesse económico, devendo uma tal escolha ser fundamentada (!).

Os predisponentes das condições gerais têm direito a ser ouvidos (*audiatur et altera pars*) previamente à emissão das recomendações ou pareceres por lei admitidos, aplicando-se,

com as devidas adaptações, o disposto no Código do Procedimento Administrativo em vigor no território nacional

Os pareceres Comissão terão de ser emitidos no lapso de 30 dias.

A composição da Comissão, de acordo com o que ora delineia o diploma regulamentar, assenta na estrutura que segue:

Um representante da Direcção-Geral do Consumidor; Um representante da Direcção-Geral da Política de Justiça; Um representante da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica; Um magistrado judicial, designado pelo Conselho Superior da Magistratura; Um magistrado do Ministério Público, designado pelo Conselho Superior do Ministério Público; Duas personalidades de reconhecido mérito oriundos de instituições de ensino superior na área do direito, nomeadas através de despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da justiça e da defesa do consumidor.

A Comissão é presidida pelo membro designado pela Direcção-Geral do Consumidor.

Por cada um dos membros efectivos designados é indicado um membro suplente de molde a assegurar a sua substituição, nos casos de ausência ou impedimento.

À DGC incumbe assegurar o secretariado da Comissão, constituindo, designadamente, o seu suporte técnico-administrativo.

A organização e funcionamento da Comissão defini-la-á o regulamento interno, a aprovar por maioria dos seus membros, no lapso de 90 dias após constituição.

Uma fundada crítica se nos afigura de dirigir à composição da Comissão e ao legislador que se pautou por manifesta ligeireza..

Em proposta que carregamos ao Ministro da Economia e ao da Justiça, em momento oportuno, entendemos que a Comissão das Cláusulas Abusivas poderia ter uma composição mais alargada e abrangente, dados os interesses em presença, de molde a envolver uma plethora de entidades com fortes conexos a domínio tão sensível. Como, aliás, o exprimimos já noutro passo ⁽⁷⁾.

O legislador, como em tantos outros aspectos, parece haver ignorado que a Lei das Condições Gerais dos Contratos vigente em Portugal se aplica não só às relações jurídicas de consumo, mas de análogo modo aos contratos individuais de trabalho e aos contratos mercantis ou empresariais e equiparados, o que determinaria intervierem na Comissão representantes de tais estratos sócio-laborais, como se tem por elementar.

E ter-se-á olvidado das Ordens intimamente imbricadas nestes domínios, como se propusera.

A Comissão, nestes termos, estará naturalmente fadada a um papel de franca menoridade, a uma simbólica intervenção sem qualquer traço marcante no ordenamento dos consumidores como no dos mais “contemplados”.

5 MEDIDAS PONTUAIS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA

5.1 O TAMANHO DA LETRA

A versão original da Lei das Condições Gerais dos Contratos não estabelecia eventuais limites a este propósito.

Há, no entanto, normas dela constantes que contemplam os aspectos inerentes à legibilidade dos formulários pré-elaborados em suporte papel ou noutros sem hipótese de ampliação.

O artigo 8.º di-lo de forma inequívoca ao cominar com a não inclusão nos contratos singulares de cláusulas que pela sua apresentação gráfica “passem despercebidas a um contratante normal colocado na posição do contratante real”.

Claro se não curava expressamente do tamanho, tal como ora surge na panóplia de tipos que os sistemas disponíveis permitem. Mas a cláusula geral da “não percepção”, sujeita a interpretação e integração, já permitiria uma intervenção, ao menos de banda das entidades judicantes, se fosse o caso,

Houve, aliás, no domínio dos contratos de serviços de comunicações electrónicas, uma tentativa de molde a estabelecer-se o tipo e a dimensão da letra, sempre com a resistência dos predisponentes, sob o pretexto de que quanto maior o tamanho de letra, maior o dispêndio de papel nos formulários disponíveis em um tal suporte ou susceptíveis de se reproduzirem fisicamente.

Na sequência da Lei n.º 15/2016, de 17 de Junho, a Entidade Reguladora das Comunicações (ANACOM) deu à estampa o Regulamento n.º 829/2017, de 23 de Agosto, sob a epígrafe “informação pré-contratual e contratual no âmbito das comunicações electrónicas” que aprovara uma ficha de informação simplificada (FIS) cujo modelo obedecia a determinados padrões.

De entre os requisitos formais da FIS e seus modelos, constantes do anexo I, avultavam os que seguem:

- a) Tendo por referência o tipo Arial, tamanho de letra igual ou superior a:

- i) 11 pontos no título «FICHA DE INFORMAÇÃO SIMPLIFICADA», em maiúsculas e a negrito;
- ii) 11 pontos na denominação da empresa e nome da oferta em maiúsculas e a negrito;
- iii) 9 pontos nos títulos dos campos, em maiúsculas e a negrito;
- iv) 9 pontos nos subtítulos dentro dos campos, em minúsculas e a negrito, com exceção do disposto nas alíneas vi) e vii);
- v) 9 pontos no texto e, sempre que assinalado, a negrito, com exceção do disposto nas alíneas vi) e vii);
- vi) 8 pontos no campo relativo à data referente à disponibilidade da FIS;
- vii) 8 pontos no campo relativo à identificação do cliente e à referência do contrato de adesão.
- b) Cor de letra preta sobre fundo branco;
- c) Introdução de, pelo menos, uma linha entre parágrafos.”

Que nos recordemos terá sido a primeira tentativa de em formulários de adesão se estabelecer um tamanho mínimo e outros condicionantes para que se preenchesse o conceito de legibilidade prene de subjectivismos.

O regulamento terá sido sujeito a alterações, havendo sido ulteriormente objecto de suspensão, com reflexos na sua própria eficácia e vigência.

A Lei n.º 32/2021, de 27 de Maio, teve, entre outros, por objecto “proibir as cláusulas redigidas com tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15.

Mas fê-lo de forma canhestra, se bem o interpretamos.

Não definiu o tipo de letra (letra-tipo) e, neste particular, é da experiência corrente que a dimensão depende do tipo: mas impôs, ao menos, que a letra não pudesse ter tamanho inferior a 2,5 mm.

Ignorou, no entanto, que a Lei das Condições Gerais dos Contratos se aplica tanto às relações jurídicas de consumo, como às jurídico-mercantis, como ainda às relações individuais de trabalho.

E fez inserir a proibição num dispositivo aplicado exclusivamente aos contratos entre **fornecedores e consumidores** (relações com os consumidores finais). Como se as mais relações de tal exigência se achassem apartadas, como se se lhes não aplicasse semelhante “medida”.

A saber:

“Artigo 21.º

Cláusulas absolutamente proibidas

São em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que:

...

- i) Se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15».

Numa interpretação meramente literal dir-se-ia que ficariam excluídas, pois, da ‘norma-tamanho’ as relações individuais de trabalho e as relações entre empresários ou entidades equiparadas (profissionais liberais...) a que se reportam os artigos 17 a 19 do correspondente normativo.

Mas só a ignorância de um legislador comprovadamente incompetente e mal assessorado poderia ter levado à desastrada sistematização que entendera adoptar.

Sem se pretender dar lições a quem por missão tem a de legislar, dir-se-ia que melhor quadraria a iniciativa se se recorresse ao artigo 8.º, noutro passo enunciado, e se dispusesse com naturalidade o que segue, com a introdução de um inciso 1.º a encimar as alíneas de a) a d) e de um n.º 2 para onde se trasladaria o que o legislador fez figurar na alínea i) do artigo 21 *supra*:

Artigo 8.º

(Cláusulas excluídas dos contratos singulares)

1. Consideram-se excluídas dos contratos singulares:

- a) As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º;
- b) As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo;
- c) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real;
- d) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes.

2. As cláusulas com tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15, não preenchem os requisitos de legibilidade (ou de apresentação gráfica).

E destarte cobrir-se-iam todas as hipóteses no que se refere ao âmbito de aplicação do diploma.

De registar que o entendimento que se nos afigura de veicular é o de que a norma, ainda que deslocada, na sua errónea sistemática, se aplica indistintamente às relações jurídicas de consumo, às relações individuais de trabalho e às relações jurídico-mercantis ou equiparadas.

Ao menos, isso.

5.2 A EFICÁCIA DO CASO JULGADO

No quadro actual, em decisões proferidas em julgados do jaez destes precedendo a instauração de acções inibitórias, o caso julgado vale tanto *inter* como *ultra partes*.

É o que transluz da Lei das Condições Gerais dos Contratos que em seu artigo 32 estatui:

“Consequências da proibição definitiva

1 - As cláusulas contratuais gerais objecto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, ou outras cláusulas que se lhes equiparem substancialmente, não podem ser incluídas em contratos que o demandado venha a celebrar, nem continuar a ser recomendadas.

2 - Aquele que seja parte, juntamente com o demandado vencido na acção inibitória, em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.

3 - A inobservância do preceituado no n.º 1 tem como consequência a aplicação do artigo 9.º

O que a norma pretende significar é que se um dado formulário que resultou, por exemplo, em 10 000 contratos singulares, contiver cláusulas abusivas, como tal cominadas por uma qualquer decisão passada em julgado, tal não vale para cada um e todos os negócios celebrados pelos consumidores, por exemplo.

O caso julgado não tem directamente validade universal, não dispõe de eficácia “*erga omnes*”, o que para além de estranho é aberrante e suscita fundados reparos de uma perspectiva de economia processual.

Para que façam valer a decisão, os consumidores lesados terão de demandar o predisponente em acção de declaração incidental de nulidade para que se possam prevalecer da proibição decretada pelos competentes órgãos de judicatura. A um tal efeito ‘se cognomina como “*ultra partes*”, distinto, por conseguinte, da eficácia *erga omnes*.

Com o que de atropelo à economia processual tal representa e à poluição dos espaços judiciais com a repetição inútil de lides em volumes exorbitantes e intoleráveis.

Para além da injustiça relativa que emerge das diferenças que intercedem entre lesados: os mais expeditos e dotados de meios lograrão os seus intentos, os outros permanecerão vítimas das cláusulas leoninas das instituições de crédito, das sociedades financeiras ou de seguradoras que “*motu proprio*” não alterarão tais cláusulas de pretérito, que a sua supressão impor-se-á tão só no futuro...

O certo é que, como parece inferir-se do diploma legal emanado do Parlamento (“a regulamentação...inclui a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas, *garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades*”) não é claro que se pretenda estender à eficácia ora prevista foros de universalidade (*erga omnes*), conquanto se estabeleça de forma canhestra, nada elucidativa, que a regulamentação haja de garantir “que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não [sejam] aplicadas por outras entidades.”

Ter-se-á perdido uma óptima oportunidade (já que o legislador estava com “as mãos na massa”) para consagrar a tão reclamada eficácia *erga omnes*.

De tudo o que resta, afinal?

A manutenção do “statu quo”, o que representa manifesto e inadmissível retrocesso.

5.3 A MOLDURA SANCIONATÓRIA

Pelo Decreto-Lei 109-G/ 2021, de 10 de Dezembro e pela Lei 10/2023, de 03 de Março, se aditou uma moldura sancionatória às violações ao regime das condições gerais dos contratos e se afeioou a disciplina à geometria das relações jurídicas de consumo, regra geral assistidas de coimas adequadas, dissuasivas e proporcionadas. Conquanto as sanções se estendam, bem entendido, às demais espécies contratuais no diploma de base cabíveis.

Qual a configuração que hoje nos oferece o CAP VII aditado pelo primeiro dos diplomas legais enunciados?

No artigo 34-A desenhou-se a medida do ilícito de mera ordenação social, de harmonia com a traça do sistema, decalcado no *Ordnungswidrigkeit* germânico, introduzido em 1982 em Portugal ⁽⁸⁾.

No artigo 34-B as regras alusivas à determinação das atribuições e competências.

E no artigo 34-C as que regem em matéria de fiscalização, instrução dos autos e inflicção das coimas.

A inserção nos formulários de adesão ou em quaisquer outros suportes de condições gerais absolutamente proibidas, como as que de forma meramente enunciativa figuram nos artigos 18 e 21, dão azo a ilícitos de mera ordenação social como tal cominados.

Aliás, na gradação dos ilícitos de mera ordenação social, como a lei agora os categoriza, de leves, graves e muito graves, reserva-se para violações do jaez destas a moldura extrema, a das contra-ordenações *muito graves*, de harmonia com as grelhas plasmadas no Regime Jurídico das Contra-Ordenações em Matéria Económica, aprovado pelo DL 9/2021, de 29 de Janeiro.

5.4 O REGIME DAS CONTRA-ORDENAÇÕES

A lei comina com uma contra-ordenação muito grave a inserção nos formulários de adesão como nos contratos singulares de condições gerais e de cláusulas absolutamente

proibidas e, consequentemente nulas, previstas nos artigos 18 e 21, respectivamente aplicáveis às relações jurídico-empresariais e equiparadas e de consumo e, por sinonímia, às relações individuais de trabalho, em adaptação.

A moldura das contra-ordenações muito graves escalona-se como segue, em função do talhe das empresas:

Micro-empresa - 3 000 a 11 500 €; Pequena empresa - 8 000 a 30 000 €; Média empresa - 16 000 a 60 000 €; Grande empresa - 24 000 a 90 000 €.

Se as contra-ordenações corresponderem, porém, a infracções generalizadas no plano nacional como no da União Europeia, de harmonia com o direito vigente, o limite máximo das coimas a aplicar no âmbito de acções coordenadas corresponde a 4 % do volume de negócios anual do infractor nos Estados-Membros em causa.

Se se não achar disponível informação sobre o volume de negócios anual do infrigente, o limite máximo da coima é de 2 000 000 €.

Uma tal disposição não prejudica a aplicação do regime substantivo e processual específico inerente ao sector em causa, existindo.

Na determinação da coima a aplicar, o decisor tem em conta, para além do disposto no RJCE ou nos regimes contra-ordenacionais específicos estabelecidos na legislação sectorialmente aplicável:

A natureza, gravidade, dimensão e duração da infracção cometida;
As medidas eventualmente adoptadas pelo infractor para atenuar ou reparar os danos causados aos consumidores e aos mais intervenientes;
As eventuais infracções cometidas anteriormente pelo infractor visado;
Os benefícios financeiros obtidos ou os prejuízos evitados pelo infractor em virtude da infracção cometida, se disponíveis os dados pertinentes;
Nas situações transfronteiriças, as sanções impostas ao infractor pela mesma infracção noutros Estados-Membros, caso a informação sobre tais sanções esteja disponível ao abrigo do mecanismo de cooperação intracomunitário em actividade.

5.5 PODERES INSPECTIVOS E DIRECÇÃO DO PROCESSO: A INSTRUÇÃO DOS AUTOS E A APLICAÇÃO DE COIMAS

Incumbe à entidade reguladora ou, em geral, à do segmento de mercado competente quer a acção inspectiva, quer os poderes fiscalizatórios e bem assim a instrução dos autos de contra-ordenação e a aplicação das coimas que na circunstância couberem, de harmonia com as geometrias enunciadas.

Se inexistir entidade reguladora ou de controlo de mercado competente *ratione materiae*, é supletivamente à Direcção-Geral do Consumidor (DGC) que incumbe fiscalizar o cumprimento da Lei das Condições Gerais dos Contratos, instruir os processos de contra-ordenação e aplicar as coimas segundo os critérios delineados, objecto de actuação.

5.6 OS PODERES-DEVERES DA DIRECÇÃO-GERAL DO CONSUMIDOR

O diploma legal que comete à Direcção-Geral do Consumidor atribuições e competências próprias – o Decreto Regulamentar n.º 38/2012, de 10 de Abril, na alínea k) do seu artigo 2.º, prevê – no que tange ao quadro sancionatório da Lei das Condições Gerais dos Contratos – o que ora se traduz em

“Fiscalizar o cumprimento do disposto no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, na sua redacção actual, procedendo à instrução e decisão dos correspondentes processos de contra-ordenação e aplicando as respectivas coimas”

E, na alínea e) do n.º 1 do seu artigo 4.º,

“Ordenar a realização de inquéritos e a abertura de processos por infracção aos regimes jurídicos da publicidade e das cláusulas contratuais gerais e decidir os processos, aplicando as sanções previstas na lei e adoptando as medidas cautelares necessárias ou, se for caso disso, a sua remessa às entidades competentes.”

Uma nova janela se abre à Direcção-Geral do Consumidor, para além da outorga, em 1996, pela vez primeira, da” *legitimatio ad causam*” para as acções inibitórias contempladas no artigo 10.º da Lei-Quadro de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) e, por extensão, ao artigo 26 da Lei das Condições Gerais dos Contratos, faculdade que jamais usou mais de um quarto de século após a promulgação da Lei-Quadro de Defesa do Consumidor que remonta a 31 de Julho de 1996.

A Comissão é que, independentemente do que endossa ao Ministério Público, *ex vi legis*, municiará, *prima facie*, a Direcção-Geral do Consumidor de casos para o exercício das suas competências em matéria de instrução dos autos de contra-ordenação face a predisponentes relapsos e em ordem à eventual propositura das acções inibitórias que também acolhe no seu regaço..

O Decreto-Lei 109-G/2021, de 10 de Dezembro, procedeu à transposição parcial para ordenamento pátrio da *Directiva Omnibus* [2019/2161, de 27 de Novembro], emanada do Parlamento Europeu e do Conselho da União.

Nele se compendiam alterações de um rol de instrumentos normativos europeus, com particular incidência na disciplina estatuída na Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 05 de Abril de 1993

O diploma emanado da Presidência do Conselho de Ministros português procedeu à [sexta] alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, objecto de alteração pelos Decretos-Leis n.ºs 220/95, de 31 de agosto, 249/99, de 7 de Julho, e 323/2001, de 17 de Dezembro, e pela Lei n.º 32/2021, de 27 de Maio, que institui o regime jurídico das condições gerais dos contratos [são tantas as alterações introduzidas que o próprio legislador lhes perdeu a conta, esquecendo-se do DL 108/2021, de 07 de Dezembro, que três dias antes (face a 10 de Dezembro) alterara o regime em causa, e a alteração de que ora se cura é a sexta e não a quinta, como no diploma visado erroneamente se grafou].

Após as alterações enunciadas, a Lei 10/2023 operou alterações nos artigos 34-A e 34-B, em sede, respectivamente, da moldura da contra-ordenação (por remissão para o Regime Jurídico das Contra-Ordenações Económicas de 29 de Janeiro de 2021) e de determinação da sanção aplicável, a coima.

E, por último, o Decreto-Lei 123/23, de 26 de Dezembro, que regulamentou a Lei 32/2021, de 27 de Maio, a cuja análise se procedeu nos lugares próprios.

6 REGRAS UNIFORMES SEGREGADAS PELO PARLAMENTO EUROPEU PARA OS SERVIÇOS DE INTERMEDIACÃO EM LINHA: PROMOÇÃO DA EQUIDADE E DA TRANSPARÊNCIA EXIGÍVEIS AOS USUÁRIOS-FORNECEDORES

6.1 AS CONDIÇÕES GERAIS APOSTAS EM CONTRATOS DE INTERMEDIACÃO

O Regulamento (UE) 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Junho de 2019, que rege neste particular e vigora no Espaço Económico Europeu desde 12 de Julho de 2020, estabelece um conjunto de regras atinentes às condições gerais dos contratos (vulgo, predispostas em formulários de adesão, naturalmente pré-elaborados) oferecidas indiscriminadamente pelos prestadores de serviços de intermediação em linha ao universo de usuários a que se destinam.

O Regulamento, de aplicação directa e imediata (aferida em função da data do início de vigência), estabelece, a tal propósito, um sem-número de regras que cumpre neste passo sublinhar:

Os prestadores de serviços de intermediação em linha (doravante, “prestadores de serviços”) devem assegurar que as condições gerais oferecidas, em geral, à contratação:

Sejam redigidas de forma simples e inteligível; Se encontrem facilmente acessíveis aos usuários profissionais (doravante, “usuários”) em todas as fases da sua relação comercial com o prestador de serviços, inclusive na fase pré-contratual; Estabeleçam os motivos tendentes às decisões relativas à suspensão, à cessação ou à imposição de qualquer outro tipo de restrição, no todo ou em parte, da prestação dos seus serviços de intermediação em linha aos usuários; Incluam informações sobre quaisquer canais de distribuição adicionais e potenciais programas de adesão através dos quais os prestadores de serviços possam comercializar bens e serviços propostos pelos usuários;

Incluam informações gerais sobre a forma como as condições gerais afectam a propriedade e o controlo dos direitos de propriedade intelectual dos usuários .

Os prestadores de serviços devem notificar, num suporte duradouro, os usuários em causa de qualquer proposta de alteração das suas condições gerais.

As alterações propostas não podem ser aplicadas antes do termo de um prazo de pré-aviso, que deve ser razoável e proporcionado em relação à natureza e à extensão das alterações previstas, bem como às suas consequências para os usuários em causa: prazo que deve ser de, pelo menos, 15 dias a contar da data em que o prestador de serviços notifique os usuários das alterações propostas.

Os prestadores de serviços devem fixar prazos de pré-aviso mais longos quando tal for necessário para permitir que os usuários façam adaptações técnicas ou comerciais para respeitar as alterações.

O usuário em causa tem o direito de resolver o contrato com o prestador de serviços antes do termo do prazo de pré-aviso. A resolução do contrato produz efeitos no lapso de 15 dias a contar da recepção da notificação, salvo se se aplicar um prazo mais curto ao contrato.

Os usuários podem, por via de uma declaração escrita ou de um consentimento expresse, renunciar ao prazo de pré-aviso enunciado em qualquer momento após a recepção da aludida notificação.

Durante o prazo de pré-aviso, a apresentação de novos produtos nos serviços de intermediação em linha deve ser considerada uma medida afirmativa de renúncia ao prazo de pré-aviso, excepto nos casos em que o prazo razoável e proporcionado seja superior a 15 dias, visto que as alterações às condições gerais dos contratos exigem que o usuário proceda a adaptações técnicas e comerciais significativas dos seus bens ou serviços. Nesses casos, a renúncia ao prazo de pré-aviso não é considerada automática se o usuário apresentar novos bens e serviços.

As condições gerais, ou determinadas disposições delas constantes, que não cumpram o que originalmente se estabeleceu, ou as aplicadas por um prestador de serviços contrárias ao disposto nos passos subsequentes são consideradas nulas, não produzindo, por conseguinte, qualquer efeito.

O prazo de pré-aviso de, pelo menos, 15 dias, não se aplica caso o prestador de serviços:

Esteja sujeito a uma obrigação legal ou regulamentar que determine a alteração das suas condições gerais de uma forma que o impeça de respeitar um tal prazo de pré-aviso;

Altere excepcionalmente as suas condições gerais para fazer face a um perigo imprevisto e iminente relacionado com a defesa dos serviços de intermediação em linha, dos seus consumidores ou de outros usuários contra a fraude, os programas informáticos maliciosos (*malware*), as comunicações comerciais não solicitadas (*spam*), as violações de dados ou outros riscos em matéria de cibersegurança.

Os prestadores de serviços garantem que a identidade do usuário que propõe os bens ou serviços no serviço de intermediação em linha seja claramente visível.

6.2 RESTRIÇÃO, SUSPENSÃO E CESSAÇÃO

Se um prestador de serviços decidir restringir ou suspender a prestação de serviços em curso a um determinado usuário, deve transmitir-lhe, antes ou no momento em que o incidente produza efeitos, a fundamentação da sua decisão em suporte duradouro.

Se decidir cessar a prestação de todos os seus serviços de intermediação em linha a um determinado usuário, deve transmitir-lhe de análogo modo, pelo menos trinta dias antes de a cessação produzir efeitos, a fundamentação da decisão em suporte duradouro.

Em caso de restrição, suspensão ou cessação, o prestador de serviços deve proporcionar ao usuário a oportunidade de esclarecer os factos e as circunstâncias no âmbito do procedimento interno de tratamento de reclamações, para o efeito organizado.

Se a restrição, a suspensão ou a cessação for revogada pelo prestador, este deve restabelecer, sem demora injustificada, a situação do usuário, fornecendo-lhe nomeadamente o acesso a dados pessoais ou a outros dados, ou a ambos, resultantes da utilização dos pertinentes serviços antes de qualquer dos incidentes produzir efeitos.

O prazo de pré-aviso do antecedente estabelecido não se aplica se o prestador de serviços de intermediação em linha:

Estiver sujeito a uma obrigação legal ou regulamentar que determine a cessação da prestação de todos os seus serviços a um determinado usuário fornecedor de forma que o impeça de observar tal pré-aviso; ou
 Exercer um direito de cessação por uma razão imperativa nos termos do direito nacional que se compagine com o direito da União;
 Puder demonstrar que o usuário em causa violou repetidamente as condições gerais dos contratos aplicáveis, resultando na cessação da prestação do conjunto dos serviços de intermediação em linha.

Nos casos em que o prazo de pré-aviso não se aplique, o prestador de serviços deve transmitir ao usuário em causa, sem demora injustificada, a fundamentação da sua decisão em suporte duradouro.

A fundamentação da decisão a que se alude precedentemente deve mencionar os factos específicos ou as circunstâncias, incluindo conteúdos de notificações de terceiros, que levaram a essa decisão por parte do prestador dos serviços, assim como os motivos aplicáveis que subjazem a tal decisão.

Um prestador de serviços não tem de apresentar a fundamentação da decisão se estiver sujeito a uma obrigação legal ou regulamentar que determine a não transmissão dos factos ou das circunstâncias específicos ou da referência aos motivos aplicáveis, ou se mostrar que o usuário em causa violou repetidamente as condições gerais dos contratos aplicáveis, resultando na cessação da prestação de todos os serviços de intermediação em linha em causa.

6.2.1 Restrições à oferta de condições diferentes

Se os prestadores de serviços, no âmbito da respectiva prestação de serviços, restringirem a capacidade de os usuários proporem, através de outros meios que não os dos correspondentes serviços, os mesmos produtos a consumidores sob condições diferentes, esses prestadores de serviços devem incluir os motivos que levam a essa restrição nas suas cláusulas contratuais gerais, tornando-os facilmente acessíveis ao público.

Tais motivos devem incluir as principais considerações económicas, legais ou comerciais subjacentes a essas restrições.

A obrigação estabelecida no passo precedente não afecta quaisquer proibições ou limitações relativas à imposição de restrições que possam resultar da aplicação de outros actos do direito da União ou do direito dos Estados-membros, nos termos do direito da União e às quais os prestadores dos serviços se encontrem de todo sujeitos.

6.3 CLÁUSULAS CONTRATUAIS ESPECÍFICAS

Para assegurar que as relações contratuais entre os prestadores de serviços e os seus usuários decorram sob o signo da boa-fé e se baseiem em uma negociação equitativa, os prestadores:

Não podem impor alterações das cláusulas singulares com efeitos retroactivos, excepto se forem necessárias para respeitar uma obrigação legal ou regulamentar ou se se estimarem benéficas para os usuários; Devem assegurar que as suas cláusulas singulares incluam informações sobre as condições em que os usuários podem pôr termo à relação contratual com o prestador de serviços; e Devem incluir nas suas cláusulas singulares uma descrição do acesso técnico e contratual, ou da sua ausência, às informações fornecidas ou geradas pelo usuário, que mantém após o termo do contrato entre o prestador de serviços e o próprio usuário.

6.4 ACESSO AOS DADOS

Os prestadores de serviços devem incluir nas condições gerais dos contratos que intentem oferecer no mercado uma descrição do acesso técnico e contratual, ou da sua ausência, por parte dos usuários a quaisquer dados pessoais ou outros tipos de dados, ou a ambos, que usuários ou os consumidores forneçam para fins de utilização dos serviços de intermediação em linha em causa, ou que sejam gerados no âmbito da prestação de tais serviços.

Pela descrição a que se alude no passo precedente, os prestadores de serviços devem informar devidamente os usuários, em especial, do seguinte:

Se o prestador de serviços tem acesso a dados pessoais ou a outros tipos de dados, ou a ambos, que os usuários ou os consumidores forneçam para fins de utilização dos serviços, ou que sejam gerados no âmbito da sua prestação, e, em caso afirmativo, a que categorias de dados e sob que condições; Se um usuário tem acesso a dados pessoais ou a outros tipos de dados, ou a ambos, fornecidos no âmbito da sua utilização dos serviços de intermediação em linha em causa, ou gerados no âmbito da prestação de tais serviços ao usuário e aos consumidores dos seus bens ou serviços, e, em caso afirmativo, a que categoria de dados e sob que condições; Se, além do disposto no que antecede imediatamente, um usuário tem acesso a dados pessoais ou a outros tipos de dados, ou a ambos, inclusive de forma agregada, fornecidos ou gerados no âmbito da prestação dos serviços a todos os seus usuários e consumidores, e, em caso afirmativo, a que categorias de dados e sob que condições; e Se os dados são fornecidos a terceiros, caso o fornecimento de tais dados a terceiros não seja necessário para o bom funcionamento dos serviços de intermediação em linha, a finalidade dessa partilha de dados, assim como a faculdade dos usuários se excluírem dessa partilha de dados.

As disposições precedentes não prejudicam a aplicação de outros instrumentos normativos europeus, a saber, o Regulamento Geral de Protecção de Dados (de 27 de Abril de 2016) , o Regulamento Geral Protecção das Pessoas Singulares no Tratamento de Dados Pessoais pelas Autoridades Competentes para efeitos de Prevenção, Investigação, Detecção ou

Repressão de Infracções Penais ou Execução de Sanções Penais (de 27 de Abril de 2016) e a Directiva dos Dados Pessoais e da Protecção da Privacidade no Sector das Comunicações Electrónicas (abreviadamente designada por Directiva relativa à Privacidade e às Comunicações Electrónicas) (de 12 de Julho de 2002, transposta para o ordenamento português pela Lei 41/2004, de 18 de Agosto).

NOTAS

(1) Cfr. Decreto-Lei n.º 446/85 com as alterações decorrentes de: DL n.º 220/95, de 31/08, DL n.º 249/99, de 07/07, DL n.º 323/2001, de 17/12, Lei n.º 32/2021, de 27/05, DL n.º 108/2021, de 07/12, DL n.º 109-G/2021, de 10/12, Lei n.º 10/2023, de 03/03 e DL n.º 123/2023, de 26/12.

(2) Com efeito, a Directiva 93/13, de 05 de Abril de 1993, obrigou o legislador nacional a intervir tempestivamente a fim de adequar a disciplina vertida no diploma original aos seus ditames através dos DL n.º 220/95, de 31/08, DL n.º 249/99, de 07/07 e DL n.º 323/2001.

(3) Cfr. o art.º 3.º do citado DL 446/85, na sua versão actual.

(4) Eis o teor do artigo 829-A do Código Civil susceptível de aplicação na circunstância com as adaptações exigíveis, sob a epígrafe (Sanção pecuniária compulsória):

“1 - Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.

2 - A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.

3 - O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado.

4 - Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.”

(5) A Direcção-Geral do Consumidor, aliás, ao que se julga saber, jamais propôs sequer uma acção da natureza e do teor destas. Nem destas nem doutras. E desde 1996, há 28 anos, pois, se acha dotada de *legitimatio ad causam* para o efeito. E abundantes pretextos não escassearam nem escassearão decerto em distintos segmentos de mercado em que as agressões ao estatuto do consumidor são permanentes.

(6) No prazo de 30 dias após o trânsito em julgado, os tribunais remetem à Comissão das Cláusulas Contratuais Gerais (Comissão) as decisões que, por aplicação dos princípios e das normas constantes da Lei das Condições Gerais dos Contratos, proibam o seu uso ou a recomendação ou declarem a nulidade de cláusulas inseridas em contratos singulares.

(7) Cfr. o n.º 2 do capítulo I do presente trabalho e o que nele se espraia.

(8) Cfr. o Decreto-Lei 433/82, de 27 de Outubro, na sua versão actualizada, que instituiu o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo. E que é transversal a todo o sistema.

REFERÊNCIAS

FROTA, Mario. **Cláusulas leoninas: força é cortar precocemente as garras ao leão...**, in **Jornais Regionais**, Portugal, 05 de Junho de 2021. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **Letra miúda, treta graúda! Dos contratos de adesão e sua perversão**, in **Leiria TV**, emissão de 22 de Junho de 2021. Disponível em: <https://www.leiria-tv.pt>.

FROTA, Mario. **Comissão das Cláusulas Abusivas: há que prever instrumentos de coerção**, in **Jornais Regionais**, Portugal, 03 de Julho de 2021. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **Portugal; Comissão Nacional das Cláusulas Abusivas**, in **Jornais Regionais**, Portugal, 04 de Julho de 2021. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **Comprometida a entrada em vigor da lei das cláusulas abusivas por intolerável e inadmissível omissão do Governo**, in **Jornais Regionais**, Portugal, 19 de Agosto de 2021. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **Da letra microscópica nos contratos de adesão à sanha legislatória sem nexo nem ponderação**, in **Jornais Regionais**, Portugal, 23 de Setembro de 2021. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **Quais os objectivos da recém-criada Comissão das Cláusulas Abusivas?**, in **Jornais Regionais**, Portugal, 12 de Dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **Portugal novidades em perspectiva: as cláusulas abusivas nos contratos préelaborados**, in **Jornais Regionais**, Portugal, 14 de Dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **União Europeia Portugal: Direito do Consumo, direito flutuante alterações ao regime dos contratos**, Portal PROCON RS, 03 de Maio de 2021. Disponível em: <https://www.procon-rs.org>.

FROTA, Mario. **A Comissão ‘indesejada’ que não sai do papel... quem beneficia com tantas manhas delongas?**, in **Jornais Regionais**, Portugal, 18 de Julho de 2021. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **Lei das condições gerais dos contratos: faz amanhã, 26 de Julho de 2022, um ano que está por regulamentar a comissão das cláusulas abusivas**, in **Jornais Regionais**, Portugal, 25 de Julho de 2021. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **O abusivo descaso da regulamentação da comissão das cláusulas abusivas**, in **Jornais Regionais**, Portugal, semana de 26 de Dezembro de 20221. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **“A Nado-Morta Comissão das Cláusulas Abusivas”**, in **Campeão das Províncias**, Coimbra, 04 de Maio de 20231. Disponível em: <https://www.campeaodaspv.com>.

FROTA, Mario. **“As defecções do legislador a nula política de consumidores”**, in **Diário online Região Sul**, Albufeira, 28 de Junho de 20231. Disponível em: <https://www.diarionline.pt>.

FROTA, Mario. **Promoção de interesses e protecção dos direitos do consumidor: modelos institucionais (a propósito das cláusulas abusivas)**, in **Jornais Regionais**, Portugal, 06 de Agosto de 20231. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **Socialistas ‘aplaudem’ Cláusulas Abusivas em Contratos de Adesão?**, in **Jornais Regionais**, Portugal, semana de 11 de Dezembro de 20231. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **Dois anos e meio depois, depois de tantas evasivas, vem a terreiro, pois, a comissão das cláusulas abusivas: 26 de Julho de 2021: o vazio; 26 de Dezembro de 2023: o pleno?**, in **Jornais Regionais**, Portugal, semana de 26 de Dezembro de 20231. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **“Finalmente... a Comissão das Cláusulas Abusivas!”**, semana de 3 de Janeiro de 20241. Disponível em: <https://www.jornaisregionais.pt>.

FROTA, Mario. **“As letras miudinhas com que nos espezinhas...”**, in **“Jornais Regionais”**, Portugal, semana de 07 de Agosto de 2024

Nota: Não há notícia de outras referências no que tange a este tema específico, entre nós, razão por que nos cingimos aos escritos de nossa lavra, sem eventuais pretensões, afirme-se, para dissipar juízos outros que não terão qualquer aderência à realidade nem aos propósitos que nos movem.

Conclusão: 15 de Agosto de 2024

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL À RESPONSABILIDADE POR DANOS:
FUNDAMENTOS PARA A MUDANÇA DE COMO COMPREENDER O INSTITUTO**

**FROM CIVIL LIABILITY TO LIABILITY FOR DAMAGES: FUNDAMENTALS
FOR CHANGING HOW WE UNDERSTAND THE INSTITUTE**

Pablo Malheiros da Cunha Frota¹

RESUMO

O presente artigo visa problematizar se os fundamentos e o próprio sentido atribuído à responsabilidade civil devem ser alterados para a responsabilidade por danos, haja vista a necessidade de uma melhor demarcação de quem responde, precaução, prevenção, reparação e punição de quem for enquadrado(a) como responsável pelo dano reparável a ser compensado e (ou) indenizado. Utilizou-se método fenomenológico hermenêutico a partir das ideias de Lenio Streck a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, cuja conclusão foi pela necessária alteração do paradigma da responsabilidade civil para responsabilidade por danos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Alteração; Paradigma; Responsabilidade por danos.

ABSTRACT

The present article aims to address whether the foundations and the very meaning attributed to civil liability should be altered to liability for damages, considering the need for a clearer demarcation of who is responsible, precaution, prevention, reparation, and punishment of those classified as responsible for the compensable and/or indemnifiable damage. A hermeneutic phenomenological method was used based on the ideas of Lenio Streck from the Hermeneutic Critique of Law, concluding that a necessary shift from the paradigm of civil liability to liability for damages is required.

Keywords: Civil liability; Change; Paradigm; Liability for damages.

INTRODUÇÃO

¹ Pós-Doutorando em Direito na Unisinos. Doutor em Direito na Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Civil e de Processo Civil da Universidade Federal de Goiás (UFG). Coordenador do Curso de Direito da UPIS-DF. Diretor Regional do Centro-Oeste e Presidente do IBDCONT-DF. Diretor do IBDFAM-DF. Membro do Brasilcon. Membro da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão de Direito Civil do IAB. Advogado em Brasília-DF.

É uma honra e alegria imensa ser convidado pelo Professor Mário Frota, ícone do direito do consumidor luso-brasileiro, para participar de publicação relevante na área de responsabilidade nas relações de consumo.

Nessa linha, o tema em apreço cuida em saber se a construção teórico-prática da responsabilidade civil está superada, a viabilizar uma gradual passagem para a perspectiva da responsabilidade por danos?

O artigo será dividido em dois tópicos, além da introdução, da conclusão e das referências, da seguinte maneira: (i) reflexão sobre a insuficiência do esteio legal e teórico-prático da responsabilidade civil no Direito Civil e Consumerista brasileiro; (ii) os pressupostos teóricos da responsabilidade por danos.

Nessa senda, para alcançar esses objetivos, utilizar-se-á um método e uma metodologia que visam robustecer o caminho e o caminhar para a edificação da análise apresentada, sem jamais se furtar em afirmar sobre a provisoriedade de qualquer discussão jurídica, pois sempre será possível um outro olhar sobre os temas aqui aludidos. O método é o fenomenológico hermenêutico:

o método fenomenológico, pelo qual se reconstrói o problema jurídico a partir de sua história institucional, para, ao final, permitir que ele apareça na sua verdadeira face. O Direito é um fenômeno que se mostra na sua concretude, mas sua compreensão somente se dá linguisticamente. Por isso, compreender o fenômeno jurídico significa compreendê-lo a partir de sua reconstrução. Não existem várias realidades; o que existe são diferentes visões sobre a realidade. Isto quer dizer que não existem apenas relatos ou narrativas sobre o Direito. Existem, sim, amplas possibilidades de dizê-lo de forma coerente e consistente.

Assim, cada caso jurídico concreto pode ter diferentes interpretações. Mas isso não quer dizer que dele e sobre ele se possam fazer quaisquer interpretações. Fosse isso verdadeiro poder-se-ia dizer que Nietzsche tinha razão quando afirmou que “fatos não existem; o que existe são apenas interpretações”. Contrariamente a isso, pode-se contrapor que, na verdade, *somente porque há fatos é que existem interpretações*. Estes fatos que compõem a concretude do caso podem – e devem – ser devidamente definidos e explicitados.²

Como diz Streck, *a escolha pela fenomenologia representa a superação da metafísica no campo do Direito*, de tal modo que uma abordagem hermenêutica – e, portanto, crítica – do Direito jamais pretenderá ter a última palavra. E isso já é uma grande vantagem, sobretudo no paradigma da intersubjetividade.³

O referido método fenomenológico-hermenêutico envolve cada fato jurídico, por meio de uma metodologia bipartida em procedimento e abordagem. A primeira tem por lastro o procedimento monográfico e empírico, com a análise da literatura jurídica e de julgados sobre

² STRECK, Lenio. *Parecer*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf> Acesso em 09.08.2023.

³ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 9, ano 3, p. 311-326, setembro-dezembro 2017, p. 325.

os fundamentos da responsabilidade civil. A segunda se embasa em uma linha crítico-metodológica, lastreada em uma teoria crítica⁴ da realidade que compreende o Direito como problema e como uma “rede complexa de linguagens e de significados”⁵.

O assunto tratado no texto possui uma vertente jurídico-teórico-prática, como se exige de qualquer investigação no campo das disciplinas jurídicas. Desse modo, o raciocínio utilizado é o hermenêutico-dialógico, por meio da densificação⁶ dos sentidos e dos significados das categorias jurídicas no âmbito das variadas formas de expressão do Direito e que fundam os institutos jurídicos a partir dos imperativos da historicidade não linear.

Passa-se a seguir para a densificação dos assuntos pertinentes a este artigo.

1 FUNDAMENTOS BASAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMERISTA NO DIREITO CONTINENTAL

Principia-se a análise atribuindo sentido ao significante responsabilidade civil, a fim de que o diálogo com o(a) leitor(a) seja profícuo e não se tenha dúvida do que se está a tratar. Pode-se entender, com expressiva parcela da literatura jurídica, que existe *responsabilidade* “quando se viola um dever jurídico original, tal como não matar outra pessoa, não tomar para si o que não lhe pertence ou não ofender a integridade de pessoa alheia”. Noutros termos, “é possível impor dever jurídico e assegurar seu cumprimento ou as suas consequências a quem tenha violado um dever”.⁷ Essa perspectiva, no direito continental, advém das Institutas de Gaio por meio da fórmula *honeste vivere, alterum non laedere* (“viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu”).⁸

Dessa maneira, a ideia de responsabilidade pode ser enquadrada como uma consequência jurídica derivada de um enunciado normativo, na qual um dever jurídico originário de não lesar for violado, deflagra-se a consequência jurídica, na modalidade de

⁴ O sentido de crítica, positiva ou negativa, para esta pesquisa não está necessariamente vinculado a uma específica linha teórica da Escola de Frankfurt, em seus vários vieses, embora deles se possam apreender ensinamentos deveras importantes, mas sim a uma perspectiva de testabilidade do sentido atribuído aos institutos jurídicos pelos intérpretes, operadores do direito e (ou) juristas, por meio das instituições (ou não) e a sua adequabilidade àquilo que se encontra na multiplicidade do real, rejeitando-se dogmas e pensando o Direito como problema. Sobre o assunto, por exemplo, SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*. Curitiba: Juruá, 2012.

⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020, livro eletrônico, item 3.1.

⁶ Sobre o tema: FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

⁷ Ver por todos: MIRAGEM, Bruno. *Direito civil – responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil – responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23-24.

sanção, imputando responsabilidade àquele que violou o dever ou ao responsável por responder por esta violação.⁹

Diante disso, da responsabilidade civil, entendimento extensível às outras disciplinas jurídicas, como o direito do consumidor, empresarial, administrativo, trabalhista, entre outras, tem por sentido um dever sucessivo de reparação de danos, materiais e (ou) extramateriais, pela violação de um dever negocial ou extranegocial anterior, por fatos jurídicos danosos lícitos e ilícitos, imputáveis, subjetivamente, objetivamente ou pelo sacrifício, a quem seja responsável pela causação e (ou) pela reparação do dano. Busca-se, em regra, com a responsabilidade civil “a restauração de uma igualdade destruída; qualquer que seja o fundamento que se lhe dê – culpa ou risco – é a um resultado igualitário que se objetiva”.¹⁰

Nessa linha, apesar das diferenças, o sistema de *common law*, que se divide o instituto das *torts* em *law of torts* e *law of contracts*,¹¹ e o sistema de *civil law* exigem a ocorrência de um dano para que o instituto da responsabilidade civil se efetive, sempre sendo necessário interpretar cada sistema de maneira historicamente situada.¹²

A rigor, a responsabilidade civil pode ser apreendida como um juízo valorativo de moralização e de reprovação da conduta do lesante, cuja responsabilidade pode ser dele e (ou) daquele que por ele responde (ex: hipóteses do art. 932 do Código Civil – CC).¹³ Nesse passo, pode-se apresentar algumas características informativas e informativas da responsabilidade civil:¹⁴

a) **foco no comportamento do(a) ofensor(a) ou do(a) responsável pela reparação dos danos**, uma vez que o comportamento do(a) lesante é colocado em uma posição de destaque para fins de análise da causalidade e da mensuração da reparação dos danos praticados pelo responsável, como se verifica com a ideia do fortuito externo. Outro exemplo dessa prevalência da conduta do ofensor é inferido da redação do art. 944, parágrafo único, do Código Civil (CC), em que a reparação da vítima pode ser reduzida equitativamente se houver

⁹ LARRAÑAGA, Pablo. *El concepto de responsabilidad*. Mexico: Fontamara, 2000, p. 198.

¹⁰ VILLELA, João Baptista. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco – *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, nº 22/91, 2ª quin., nov.1991, cad. 3, p. 490-499, p. 490.

¹¹ WINFIELD, Percy Henri; JOLOWICZ, John Antony; ROGERS, W.V.H. *Tort*. London: Thomson/Swet&Maxwell, 2006, p. 19. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Evolução dos Torts: do Trespass à Strict liability. In: Luciana Costa Poli; Cesar Augusto de Castro Fiúza; ElcioNacur Rezende. (Orgs.). *Direito Civil*. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 362-385.

¹² MIRAGEM, Bruno. *Direito civil – responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25. Sobre o assunto veja: DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2015.

¹³ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 214.

¹⁴ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 214-216.

excessiva desproporção entre o grau de culpa do(a) ofensor(a)¹⁵ e os danos por ela sofridos.

Esse dispositivo legal alça a patamar prioritário não a vítima, mas o(a) lesante, sob o argumento de se evitar possível enriquecimento sem causa à parte lesada. Como reduzir a reparação sem que a vítima tenha concorrido para a ocorrência do dano, independentemente de a responsabilidade ser valorada pelo critério subjetivo, pelo critério objetivo e pelo sacrifício? Essa hipótese é mais uma comprovação de que a vítima não é priorizada por mecanismos constitutivos da responsabilidade civil e consumerista moderna e contemporânea;

b) a **ética da liberdade**, com a liberdade sendo utilizada de maneira utilitarista, a partir de análises comportamentais baseadas no voluntarismo ou no personalismo ético, a viabilizar, por exemplo, a opção pela eficiência econômica em detrimento de outros princípios existenciais, como a dignidade da pessoa humana, que deve sempre ser densificada em cada caso concreto.¹⁶ Isso causa diversos efeitos sociais perniciosos.¹⁷

O emblemático caso do Ford Pinto pode ser destacado. O Ford Pinto foi um veículo utilitário fabricado pela montadora Ford nos Estados Unidos em 1981, porém o automóvel explodia a cada colisão sofrida em sua traseira, pois a montadora não instalou no automóvel um dispositivo de segurança que impedisse tal evento danoso. Isso porque, exercendo a ética da liberdade sob um viés utilitarista, a montadora fez o exercício contábil de avaliar o que é menos oneroso economicamente: instalar o dispositivo de segurança no tanque de combustível de cada automóvel fabricado ao custo unitário de onze dólares (estima-se que a produção foi de doze milhões e meio de veículos fabricados) ou reparar as vítimas que sofram danos decorrentes de cada acidente, aquilatando-se um custo de 200 mil dólares em caso de morte e de 97 mil dólares quando não houver acidente mortal. A média anual de acidentes nas duas hipóteses é de 180 mil sinistros.¹⁸

Obviamente que a escolha foi pela lesão a quem seja consumidor(a), tendo a fabricante sido condenada em quase três milhões de dólares, inclusive com reparação punitiva.¹⁹

¹⁵ BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. *Civilística.com* Disponível civilistica.com - Ano 1. Número 2. 2012 em: Acesso em: 10dez2012.

¹⁶ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009.

¹⁷FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 22; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords). *Questões Controvertidas no NCC*. São Paulo: Método, 2006, v. 5, p. 65-84.

¹⁸REPRESAS, Trigo. *Doctrina - Danos Punitivos*. Disponível em: http://www.taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/7348448/Doctrina-Danos-Punitivos-_Trigo-Represas_.html. Acesso em: 14 dez.2012. SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

¹⁹REPRESAS, Trigo. *Doctrina - Danos Punitivos*. Disponível em: http://www.taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/7348448/Doctrina-Danos-Punitivos-_Trigo-Represas_.html. Acesso em: 14 dez.2012. SANDEL,

Por que não se condenou a Ford com base no lucro ilícito²⁰ que ela obteve? Esse comportamento se replica diuturnamente na sociedade atual, sendo, diversas vezes, mais econômico lesar a deixar de lesar, porque, em várias situações, nem condenação ocorre, como se viu, por exemplo, nas hipóteses de assalto a ônibus, em que os tribunais também entendem ser caso de fortuito externo (ex.: STJ – RESP 1.351.784 – roubo de bolsa da vítima em um vagão de trem em São Paulo, na qual não se responsabilizou a CPTM por o assalto ser causa estranha à atividade de transporte). Outro exemplo se extrai da hipótese de a seguradora não querer pagar a diferença do risco contratado ao segurado porque ele retirou o rastreador do veículo, que ele colocou por conta própria, no momento em que iria vender o automóvel, tendo o carro sido roubado por assaltantes antes da tradição do bem ao comprador.

O que dizer então do contumaz comportamento lesivo de fornecedores(as) que, diuturnamente, realizam pedidos de inscrição indevida dos nomes da pessoa humana ou da denominação social da pessoa jurídica em órgãos de restrição ao crédito, entre outros motivos? Essas práticas reiteradas corroboram a manutenção da difusão danosa em sociedade, o que é extremamente nocivo, laborando para a permanente invisibilidade do Outro.²¹

c) **relevância da fase patológica**, aquela que acontece após a ocorrência do dano, conferindo-se destaque marginal aos princípios de precaução (risco de dano potencial) e de prevenção (risco de dano iminente), exceção feita ao direito ambiental,²² haja vista, por exemplo, que não há nenhum dispositivo explícito no CC, no CPC e no CDC que trate da precaução, embora o art. 6º, VI, do CDC abarque a prevenção. Isso não obsta, contudo, que se utilizem tutelas inibitórias para tal mister (CDC, art. 84 e CPC/73, art. 461; NCPC, art. 497), mas o silêncio legislativo indica muito sobre como não se valorizam, como se deveria, situações relacionadas à prevenção e à precaução de danos. Saliente-se que mesmo no direito ambiental, a análise da prevenção e da precaução é retrospectiva e não prospectiva,²³ como defende DUPUY.²⁴

d) **causalidade jurídica avaliada pela previsibilidade (teorias do nexa causal)**

Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

²⁰ROSENVALD, Nelson. *As funções punitivas da responsabilidade civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²¹FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexa de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 215.

²²MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano Ambiental: Do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. 3 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 49.

²³FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexa de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 216.

²⁴DUPUY, Jean-Pierre. *René Girard – o tempo das catástrofes: quando o impossível é uma certeza*. Trad. Lilia Ledon da Silva. São Paulo: Realizações Editora, 2011.

presumida, ou comprovada, ou com probabilidade alta, com base nas teorias do nexo causal e naquelas que erodem o nexo de causalidade;²⁵

e) **responsabilidade somente com dano certo, atual, e às vezes futuro**, sendo excluída a reparabilidade pelo dano hipotético (ex.: STJ – AR 4.294) e pelo dano potencial (ex.: STJ – ARESP 262.239);

f) **responsabilidade valorada pelos critérios subjetivo** (culpa subjetiva, culpa objetiva e dolo), objetivo (risco, equidade, contato²⁶ e segurança) e pelo **sacrifício** (responsabilidade por fato lícito),²⁷ sendo certo que sempre se pressupõe voluntariedade das partes envolvidas ou a conduta normativa baseada no personalismo ético.²⁸ Fomenta-se, destarte, a justiça comutativa e, no máximo, a justiça distributiva,²⁹ visto que não há por essas características o saneamento das desigualdades concretas em cada caso, papel exercido pela justiça social,³⁰ que tem assento constitucional no art. 170 da CF/88.

É possível afirmar que o instituto da responsabilidade civil na contemporaneidade³¹ serve à manutenção do *status quo*, a partir da proteção da titularidade proprietária do lesante, por meio de reparações monetariamente irrisórias para danos existenciais e ultrajantes. Exemplifica-se com uma decisão do STJ que reduziu o valor da reparação por danos extramateriais de 50 mil reais para 15 mil reais, devido à vítima que, ao doar sangue no banco de sangue, recebeu a notícia do laboratório de que tinha contraído o vírus HIV, o que não era vero, pois o exame estava com o resultado errado, ou seja, a vítima não tinha contraído o vírus HIV (STJ – RESP 1.071.969).

²⁵Sobre o assunto: FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014.

²⁶TUSA, Gabriele. A responsabilidade de contato e os crimes cometidos por meio da internet. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (Coords.) *Novo Código Civil: Questões Controvertidas–(Responsabilidade civil)*. São Paulo: Método, 2006, v.5, p. 167-195.

²⁷MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. Lisboa: Almedina, 2010, v. 2, t. 3, p. 713-720.

²⁸Sobre personalismo ético: VITA NETO, José Virgílio. A atribuição da responsabilidade contratual. *Tese de Doutorado* defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2007; AZEVEDO, Antônio Junqueira. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tulio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 19-31.

²⁹Pode-se acolher a seguinte ideia de justiça distributiva: “Justiça distributiva é a regra segundo a qual os interesses particulares são articulados para que uma forma de produção de vida com liberdade seja possível. A distribuição, na perspectiva das políticas públicas em que se alocam recursos coletivos, deve ocorrer em relação a coisas comuns (não produzidas por ninguém), coisas produzidas em comum, autoridade e poder e, por fim, incentivos a talentos individuais socialmente relevantes”. FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. O Problema do Tempo Decisório nas Políticas Públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 187, p. 21-34, 2010, p. 22; LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 127.

³⁰ O sentido de justiça social será exposto na conclusão deste artigo.

³¹ Do final da 1ª Guerra Mundial até os dias atuais.

Isso permite afirmar que a construção teórico-prática da responsabilidade civil e consumerista contemporânea vai ao encontro da lógica de mercado (ex.: processo de securitização social e privada dos danos como resposta ao problema da difusão de lesões), amparando-se em ideários trazidos por análises econômicas do direito³² e por outros mecanismos teóricos que imperam e tratam as vítimas como “soberanas”, ciosas e informadas, a retomar uma intencional contemplação do acidente como fatalidade (ex: STJ – RESP 1.164.889 – caso da morte de pessoas metralhadas em um cinema de São Paulo e que ficaram sem qualquer reparação sob o fundamento de fortuito externo entre a atividade do cinema e do *shopping* e o evento morte).

Esses motivos possibilitam que se coloque em xeque a base informativa e informativa da vigente responsabilidade civil e consumerista, a ensejar uma possível passagem para a ideia de responsabilidade por danos, que se exporá no tópico seguinte.

2 A RESPONSABILIDADE POR DANOS COMO PERSPECTIVA DE RECUPERAÇÃO DA TUTELA DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Para contrapor essas situações advindas da construção teórico-prática da responsabilidade civil e consumerista vigentes, aponta-se uma recorrente construção lastreada em um discurso constitucional de valorização e de incidência, direta ou indireta, dos direitos fundamentais nas relações privadas,³³ com a fortificação da dignidade da pessoa humana³⁴ (ex.:

³² Por exemplo: BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 365-401; PORTO, Antônio José Maristello. *Análise econômica da responsabilidade civil*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direito e economia no Brasil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180-200; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010 (capítulo da responsabilidade civil).

³³ Ver sobre o assunto: FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fins*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015; ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho civil constitucional*. Santa Fé: Rubinzal- Culzoni editores, 2011; LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, v. 4, p. 249-259; 2013; BODIN de MORAES, Maria Celina. A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 29, p. 233-258, 2006; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t.1, p. 1-23; DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição*. São Paulo: RT, 2013; GRUNDMANN, S.; MENDES, Gilmar Ferreira; MARQUES, C. L.; BALDUS, C.; MALHEIROS, M. *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

³⁴ Sobre o sentido de dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e a sua eficácia nas relações privadas veja: FACHIN, Melina Girardi; FACHIN, Luiz Edson. Um Ensaio sobre Dignidade da Pessoa Humana nas Relações Jurídicas Interprivadas. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. (Orgs.). *Direito: Teoria e Experiência - Estudos em Homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, t. 1, p. 684-700. Sobre dignidade da pessoa humana e justiça: SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos - dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CF/88, art. 1º, III),³⁵ a influenciar a responsabilidade civil, da seguinte maneira: (i) preocupação com a vítima que sofre danos; (ii) ampliação de hipóteses de reconhecimento de danos materiais e extramateriais; (iii) objetivação da imputação do dever de reparar; (iv) revisitação do nexo causal; (v) extensão da responsabilização para além dos causadores do dano; (vi) valorização das funções de reparação, de punição, de precaução e de prevenção da responsabilidade por danos.³⁶

Por isso, é que se defende uma passagem da ideia de responsabilidade civil para a de responsabilidade por danos,³⁷ que elastece o sentido de dano, com o intuito de “objetivar o resultado para a aferição da causalidade jurídica possibilitadora da imputação de responsabilidade pela não precaução, pela não prevenção e pela reparação, sempre analisadas por uma ótica prospectiva”.³⁸

Nessa perspectiva, o dano pode ser entendido como uma lesão, potencial e (ou) concreta, a situações jurídicas intersubjetivas ou inter-rationais³⁹ de ordem existencial ou material, social, individual homogênea, coletiva e difusa. Essas situações jurídicas inter-rationais englobam direitos, interesses, poderes, deveres de ordem existencial ou material ligados por relações jurídicas.⁴⁰ Diante disso, poder-se-ia, como alguns fazem,⁴¹ cogitar responsabilidade sem dano? Essa discussão é importante pelo fato de atingir diretamente as funções de precaução e de prevenção de danos.

Para Paulo Lôbo, a responsabilidade sem dano seria um olhar para o futuro e a

³⁵MIRAGEM, Bruno. *Direito civil – responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25.

³⁶MIRAGEM, Bruno. *Direito civil – responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 26-42; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014; SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009; BARROSO, Lucas Abreu. *A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade*. Cascais: Principia, 2014.

³⁷Sobre a passagem da responsabilidade civil para a responsabilidade pressuposta, o uso do termo direito de danos e a concretização da ideia de responsabilidade por danos veja: FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 213-233.

³⁸FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 224.

³⁹Sobre o assunto: SOUZA, Ricardo Timm de. “Fenomenologia e Metafenomenologia: substituição e sentido – sobre o tema da substituição no pensamento ético de Levinas”, In: SOUZA, Ricardo Timm de. – OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. (Orgs.). *Fenomenologia hoje – existência, ser e sentido no alvorecer do século XXI*. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2001, p. 379-414.

⁴⁰Sobre o sentido de cada significante veja: AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 235-268.

⁴¹Ver: Carta de Recife alinhavada em 2013 no Encontro dos Grupos de Pesquisa em Direito Civil Constitucional da UFPR, UERJ e UFPE; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano*. São Paulo: Atlas, 2015; GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal do Paraná*, 2015.

responsabilidade com dano um olhar para o passado e para as suas consequências pretéritas, trazendo os seguintes exemplo: (i) as hipóteses de dano ambiental futuro – danos às futuras gerações –, partindo da ideia de pena privada, que abarca as situações de reparação e de punição; (ii) “O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro” (CC, art. 939); (iii) “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição” (CC, art. 940); (iv) abuso do direito (CC, art. 187), cuja consequência não seja a reparação de um dano; (v) a responsabilidade preventiva do parente, do tutor e do curador; (vi) a do fornecedor, por prevenção, em uma relação de consumo (CDC, art. 6º, VI); (vii) do proprietário pelo patrimônio histórico; (viii) invalidação do ato; (ix) dever de não fazer; (x) prover informação; (xi) direito ao esquecimento.⁴²

Dessa maneira, a tutela punitiva ou pedagógica de determinados interesses ou direitos estaria no âmbito da precaução e da prevenção de danos, com a tutela reparatória incidindo nas demais hipóteses, independentemente da presença da culpa para configurar a ilicitude.⁴³ A pena privada, por conseguinte, incide em quatro hipóteses na responsabilidade civil e consumerista: a) comportamento lesivo que atinge um direito sem que haja um dano patrimonial; b) lucratividade por parte do lesante com a produção do dano (lucro ilícito ou *disgorgement*), a tornar insuficiente a função reparatória da responsabilidade civil e consumerista; c) custo social advindo do ilícito é superior aos danos individuais, ante a natureza difusa desse custo; d) microlesões,⁴⁴ cuja sanção criminal seria excessiva.⁴⁵

A responsabilidade sem dano atual e concreto no direito ambiental poderia ser encaixada nos casos em que o “ilícito estabeleceu um custo social em decorrência direta de sua transtemporalidade e de sua dimensão difusa”, ou seja, “sempre que houvesse a produção de um dano (art. 14, § 1º, Lei n.º 6.938/81) ou a produção de riscos ambientais intoleráveis (arts.

⁴² Esses argumentos foram expostos na arguição de doutorado de Pablo Malheiros da Cunha Frota em julho de 2013 na UFPR e estão descritos em FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 225-226.

⁴³ CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 146.

⁴⁴ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Sobre uma eventual definição da causalidade nos projetos nacionais europeus de reforma da responsabilidade civil. São Paulo: RT, *Revista de direito do consumidor*, ano 20, p. 161-188, abril-junho 2011, p. 186.

⁴⁵ GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1996, p. 14.

225 da CF e 187 da Lei n.º 10.406/2002)”.⁴⁶

Diante disso, o dano ambiental futuro é uma “verdadeira fonte de obrigação civil, que resulta em tutela diversa da mera indenização ou reparação, atuando por meio de imposição de medidas preventivas (de caráter inibitório ou mesmo mandamental)”.⁴⁷ Nesse passo, a responsabilidade sem dano se enquadra nos casos de ausência de dano concreto e atual, mas presente a alta potencialidade provável de ocorrência do dano derivado dos riscos intoleráveis de determinada atividade (ex.: Lei n.º 7.347/85, art. 3º).⁴⁸

Destaca-se, no entanto, que no próprio direito ambiental é admissível hipóteses de multicausalidade e de pluralidade de responsáveis, a atenuar o nexo causal e a imputar responsabilidades, “bastando que a atividade do agente seja potencialmente degradante para sua implicação nas malhas da responsabilidade”.⁴⁹

Dessa maneira, a tutela dessa potencialidade danosa inclui o *risco abstrato*, porque, a partir do século XX, majorou-se a falta de conhecimento científico adequado acerca do catálogo de riscos públicos e perceptíveis, a inviabilizar o cálculo profícuo da extensão desses riscos. Essa evolução social, informacional e tecnológica influencia a teoria do risco, não mais aplicada exclusivamente para os danos atuais, concretos, previsíveis e prováveis, mas também para aqueles invisíveis e imprevisíveis ao conhecimento humano. O que há é a “probabilidade de o risco existir via verossimilhança e evidência, mesmo não detendo o ser humano a capacidade perfeita de compreender este fenômeno”.⁵⁰

À vista do exposto e respeitando entendimentos diversos, afirma-se que não há necessidade de se tratar o tema como responsabilidade sem danos, já que a responsabilidade por danos é pressuposta,⁵¹ no sentido de ser anterior à concretização do dano, e abrangar os

⁴⁶ CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 147. Relevante observar os mecanismos trazidos pela Lei da Ação Civil Pública – Lei n.º 7.347/85.

⁴⁷ CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 150-151.

⁴⁸ CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 150-151. Os Tribunais têm acolhido a responsabilização pelo dano ambiental futuro: TJRN – Agravo de Instrumento n.º 01.002842-0. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Rafael Godeiro. J. 20.6.2002; TJRJ – Agravo de Instrumento 1996.002.05160. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Ronald Valladares. J. 10.2.1998; TJRS – Apelação Cível 70012622171. 2ª Câmara Cível. Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. J. 22.11.2006; TRF 4ª Região – AGA Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 77.201. 3ª T. Rel.ª Juíza Luiza Dias Cassales. DJU de 30.5.2001; TJRJ – Apelação Cível 1999.001.19840. 18ª Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Luiz Habib. J. 14.3.2000; TJSC – Apelação Cível 1998.001.19840. 6ª Câmara Cível. Rel. Luiz Cezar Medeiros. J. 1.4.2002.

⁴⁹ MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano Ambiental: Do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. 3 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 184.

⁵⁰ MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano Ambiental: Do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. 3 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 114-115.

⁵¹ Sobre responsabilidade pressuposta, na qual se acolhe em parte neste trabalho, veja: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

danos potenciais, visíveis, invisíveis, previsíveis, prováveis e improváveis, concretos e atuais, conferindo a cada um deles uma adequada tutela – de precaução, de prevenção (ex.: CDC, art. 84; CPC/73, art. 461; NCPC, art. 497) e (ou) de reparação.

Isso porque o dano, os riscos, os perigos e as imprevisibilidades potenciais e concretas impactam situações jurídicas inter-rationais de quem é atingido por tais institutos nas mencionadas situações jurídicas inter-rationais, não apenas no Direito Ambiental, mas também no Direito Civil e no Direito do Consumidor, entendimento extensível a outras disciplinas jurídicas. Exemplo disso pode ser extraído do caso em que um proprietário pretende construir a estrutura do seu imóvel com amianto. O projeto de construção executável ou em execução, nos moldes postos pela ideia de responsabilidade por danos aqui construída, autoriza tutela de precaução ou de prevenção de quem vier a sofrer danos potenciais e concretos por tal projeto arquitetônico, a ensejar as tutelas de precaução, de prevenção, prospectivamente, e de reparação pelos danos potencial e (ou) concreto à saúde e ao meio ambiente, respectivamente, advindos de tal projeto arquitetônico.⁵²

Por tudo isso, parece que a ideia de responsabilidade por danos pode ser uma importante ruptura com a perspectiva da responsabilidade civil, por se basear em outros pressupostos, quais sejam: (i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e de dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pela ideia de formação da circunstância danosa; (v) prioridade na precaução e na prevenção, sempre em um viés prospectivo, e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora de justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar.⁵³

Desses pressupostos importa a este estudo a prioridade à precaução e à prevenção de danos, sendo relevante apontar que a consecução concreta de todos os pressupostos pode permitir responsabilizar o lesante ou o responsável a partir da comprovação dúctil da formação da circunstância danosa com o dano e com a vítima, ou com o evento danoso ou com o ofensor, a privilegiar, material e processualmente, a precaução e a prevenção, prospectivas, e a qualificar a reparação. Priorizam-se aqui a necessária evitabilidade, o controle, a legitimação e a distribuição dos fatores abstratos ou concretos criados por atividades, no mínimo,

⁵²FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 228.

⁵³FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 228-229.

potencialmente causadoras de danos (ex.: fabricantes de medicamentos), não podendo as vítimas, em regra, ficar indenidas.⁵⁴

As citadas perspectivas acompanham uma ideia apregoada por Edgar Morin⁵⁵ de se repensar a reforma e de reformar o pensamento, que trazida para o presente estudo, auxilia o repensar sobre a passagem da responsabilidade civil para a responsabilidade por danos na atual quadra em que vivemos. Torna-se viável indicar tendências e caminhos para adequar as respostas apresentadas às vítimas em razão de danos potenciais e concretos que sofrem diuturnamente e a responsabilidade por danos parece ser um adequado caminho. Diante disso, compartilha-se a ideia de prospectividade,⁵⁶ na qual se delineiam cenários possíveis de acordo com a perquirição do vigente.

Ressalte-se que a construção de uma responsabilidade por danos não depende, prioritariamente, de novas leis, mas de outra mentalidade do intérprete ao apreciar um caso concreto, com a proposição de uma responsabilidade por danos convivendo dialogicamente com outras áreas do conhecimento para além do Direito, sem permitir “colonizações” e fronteiras epistemológicas.⁵⁷

Entende-se pela proposição de uma responsabilidade por danos, sem que com isso se descarte a construção teórico-prática realizada pelo (e com) o instituto da responsabilidade civil e consumerista, cuja revisitação e reinterpretação parecem não ser suficientes para a adequada proteção e promoção jurídica prioritária da vítima na sociedade contemporânea, marcadamente incerta, de hiperconsumo, de danos, da globalização, da liquidez, da complexidade e da busca de princípios – em uma palavra: a sociedade do *desassossego*. O modelo de responsabilidade civil e consumerista atuais parece erodido, porque sua reoxigenação histórica, como se faz com as teorias sociais,⁵⁸ não soluciona a questão.

Nesse passo, as seis perspectivas constitutivas da responsabilidade por danos reportam à imprescindível tarefa do jurista atual, ao se debruçar sobre as reflexões que o Direito Civil e o Direito do Consumidor estão adstritos a realizar como fator de transformação social. Para tanto, a perspectiva de uma responsabilidade por danos constitui um de seus alicerces

⁵⁴FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 229.

⁵⁵MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma e reformar o pensamento*. 19. ed. Trad. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

⁵⁶FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012; HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento: princípios e reflexões sobre a revolução noética no século XXI*. Trad. Roberto Leal. São Paulo: Unesp, 2010.

⁵⁷FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 229.

⁵⁸VERONESE, Alexandre. Os conceitos de sistema jurídico e de Direito “em rede”: análise sociológica e da teoria do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFF*, v.5, 2001, p. 131-149, p. 145-148.

epistemológicos, a realizar situações jurídicas subjetivas das situações jurídicas interacionais da vítima, sem desconsiderar que o lesante também possui situações jurídicas interacionais.

Destarte, algumas tendências podem ser extraídas da proposição de uma responsabilidade por danos:

a) ampliar o número de vítimas tuteladas, de danos reparáveis e de formas de reparação, por meio da flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijuridicidade, da desnaturalização e do abandono da culpa, da formação da circunstância danosa,⁵⁹ entre outros fatores;

b) intensificar a responsabilização, concedendo-se reparações pecuniárias, proporcionais ao caso concreto, e também despatrimonializadas, como a retratação pública e as tutelas específicas de dar, fazer e não fazer, ou mesmo *in natura* (ex.: CPC/73, arts. 461 e 461-A; NCPC, art. 497 e seguintes, e CC, arts. 233, 247 e 250);⁶⁰

c) fomentar os princípios da precaução e da prevenção, prospectivamente, diante da crescente socialização dos riscos, das imprevisibilidades, dos perigos e do incremento dos casos de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa – haja vista a repersonalização do direito civil e do consumidor,⁶¹ também lastreada nos princípios da adequada reparação, da prioridade da vítima e da solidariedade;⁶²

d) concretizar a responsabilidade por danos potenciais e concretos, nos moldes anteriormente expostos;⁶³

e) densificar de maneira real e concreta os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana no que tange à potencialidade de danos a que está submetida em razão da evolução tecnológica dos bens e dos serviços postos para consumo, principalmente os relacionados à saúde, ao consumo e ao meio ambiente;⁶⁴

f) garantir ampla e integral reparação às vítimas, com extensão de igual direito a todos quantos alcançados indiretamente pelo dano ou expostos a ele, mesmo que por

⁵⁹ Sobre o tema veja: FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 233-274.

⁶⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 230.

⁶¹ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, v.1.

⁶² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 230.

⁶³ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 230.

⁶⁴ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexo de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 230.

circunstâncias fáticas, devendo nesta hipótese o valor da reparação ser destinado a um fundo voltado para o estudo e a pesquisa da antecipação e do equacionamento dos danos, riscos, perigos e imprevisibilidades oriundas de atividades habituais e onerosas, desenvolvidas em sociedade. Essa tutela abraça, inclusive, os casos de riscos do desenvolvimento, visto que a vítima que não contribuiu ou que contribuiu em parte para o dano derivado do bem ou do serviço posto no mercado não pode assumir a integralidade do risco da atividade, como ocorre, atualmente, em alguns casos de doenças advindas do consumo do tabaco, no qual se nega qualquer reparação ao fumante;⁶⁵

g) tornar irrelevante, na maioria dos casos, a concausa, “con el alcance de asignar la totalidad del daño a quien solo aportó una de las causas concurrentes”,⁶⁶ objetivando diluir as responsabilidades individuais pelo dano, bem como mitigar as excludentes do dever de reparar;⁶⁷

h) aumentar as espécies de instrumentos de precaução, de prevenção e de reparação, prospectivamente, coordenando-os com os já existentes, tais como: fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil e consumerista para os casos mais comuns de danos; pagamento antecipado de tarifas pelo Estado às vítimas, a economizar custos, a reduzir o montante dos danos, o tempo de espera da vítima no recebimento do montante reparatório e os gastos judiciais; promoção de demandas diretas da vítima contra o segurador do responsável pelo dano; pactuação obrigatória de seguro para atividades com alta sinistralidade (ex.: seguro ambiental), eficácia coletiva em demandas individuais, entre outras medidas.⁶⁸

A responsabilidade por danos esteia-se nos princípios do *neminem laedere*, da solidariedade social, da reparação integral e da primazia da vítima.⁶⁹ Ela redescreve a linguagem da precaução, da prevenção e da reparação, prospectivamente, com a extensão e a inovação de direitos e de deveres às vítimas, aos lesantes e (ou) responsáveis e à sociedade.⁷⁰

Essa alteração de concepção parece mais adequada à problematidade relacionada à precaução, à prevenção e à reparação dos danos potenciais e concretos, mormente diante do

⁶⁵FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 230-231.

⁶⁶REPRESAS, Trigo; MESA, Lopez. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 1, p. 59.

⁶⁷FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 231.

⁶⁸FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 231.

⁶⁹LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

⁷⁰FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 231.

desafio atual de cada um assumir por si e pelo Outro a responsabilidade pela esperança.⁷¹ Esse repto torna-se premente caso Jean-Pierre Dupuy esteja correto em sua afirmação de que o tempo atual é o “das catástrofes, com o impossível se tornando uma certeza”.⁷²

A assertiva de Dupuy se conecta com o pensamento de Iturraspe⁷³ de que os danos podem voltar a ser meras fatalidades, com a preocupação do intérprete deslocando-se para a tutela prioritária das vítimas, que não devem ficar indenidas, salvo em específicos casos de concorrência danosa ou de fato exclusivo a elas imputado e de circunscritas hipóteses de caso fortuito e de força maior. Deve haver mecanismos jurídico-sociais para, no mínimo, diminuir a propagação dos efeitos deletérios dos eventos potencial ou concretamente danosos produzidos em sociedade.⁷⁴

A responsabilidade por danos, por conseguinte, altera a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito de investigação da conduta do lesante para o dano, já que prevalece a máxima *in dubio pro vitima*, o que tornaria, no mínimo, inadequada a disposição posta no art. 944, parágrafo único, do CC sobre a redução “equitativa” da reparação pela comparação entre o grau de culpa do lesante e o dano arbitrado à vítima.⁷⁵ Noutros termos, passa-se da ideia de uma *dívida de responsabilidade para um crédito pelo dano sofrido ou que venha a sofrer*, na construção de Yvonne Lambert-Faivre.⁷⁶

A proposição de uma responsabilidade por danos não será esmaecida pela possibilidade de, em algum caso concreto, haver um resultado idêntico ao conferido pelos pressupostos da responsabilidade civil e consumerista ou por existirem instrumentos disponíveis a elas, como as tutelas inibitórias. Por exemplo, o valor a título de dano material derivado de um acidente de carro pode ser igual tanto quando se utilizam os pressupostos da responsabilidade civil, como os de uma responsabilidade por danos; entretanto, os pressupostos

⁷¹FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 231.

⁷²DUPUY, Jean-Pierre. *René Girard – o tempo das catástrofes: quando o impossível é uma certeza*. Trad. Lilia Ledon da Silva. São Paulo: Realizações Editora, 2011.

⁷³ITURRASPE, Jorge Mosset. Análisis de la responsabilidad en el proyecto argentino de código civil unificado de 1998. In: FERNANDEZ, Carlos López; CAUMONT, Arturo; CAFFERA, Gerardo (Coord.). *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Jorge Gamarra*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, p. 311-322, p. 311.

⁷⁴FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 232.

⁷⁵FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 232.

⁷⁶REPRESAS, Trigo; MESA, Lopez. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 1, p. 58.

e o fundamento sempre serão diversos, e isso faz toda a diferença, quando se observam a alteridade e a justiça social em cada caso concreto.⁷⁷

Em arremate, a construção da proposição de uma responsabilidade por danos, como a realizada nesta pesquisa, não abandona o passado para se pensar o presente e projetar o futuro, como destaca Fachin: “Não é possível pensar no futuro olvidando-se do presente e apagando o passado. O ser humano, individual e coletivamente, se faz na história de seus caminhos e na vida em sociedade, à luz dos valores que elege, por ação ou omissão, para viver e conviver.”⁷⁸ Seguindo a lição sobredita e diante dos horizontes extraídos da construção teórica de uma responsabilidade por danos, nos moldes aqui sustentados, que conterà a alteridade⁷⁹ como pressuposto ético, e a justiça social como finalidade a ser atingida com a tutela prioritária da vítima.⁸⁰

Essa construção, sempre provisória e possível de refutação e de aprimoramento, parece ser a que possibilita que os acidentes de consumo sejam mais adequadamente tuteladas, pois ter-se-á como fundamento ético a alteridade, com um alargar das hipóteses de causalidade e de reparação de danos, com a consequente majoração de responsabilidade da vítima e dos fornecedores e a consequente diminuição dos casos e fortuito externo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se espera, em perspectiva, é que a dinâmica das relações civis e de consumo estejam informadas e enformadas pelo pressuposto ético da alteridade e pelo fim que é a justiça social. Esta se realiza na efetiva explicitação e resolução da desigualdade⁸¹ real em cada caso concreto, com um transbordamento, mesmo que parcial, para outras situações. Essas nuances promovem um contínuo repensar das premissas, das problematizações e das conclusões até agora em relação a quem e como se responsabilização no âmbito das relações de consumo.

Dessa maneira, é preciso entender como indispensável a tal mister a permanência da intencionalidade de justiça, entre nós justiça social, como constitutiva do Direito, sendo muitas vezes necessário escutar os silêncios legislativos, doutrinários e judicativos para a

⁷⁷FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 232.

⁷⁸FACHIN, Luiz Edson. O futuro do Direito e o direito ao futuro. *Revista OABRJ*, v. 24, p. 261-274, 2008, p. 262.

⁷⁹Sobre alteridade PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *A pátria dos sem pátria: direitos humanos & alteridade*. Porto Alegre: Editora Uniritter, 2011.

⁸⁰Sobre ambos os assuntos FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 233-274.

⁸¹ Sobre a densificação da igualdade e da desigualdade, GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014.

postulação de outras perguntas e respostas aos questionamentos oriundos da sociedade. A concretização da liberdade ética permite a efetivação da justiça social em cada caso, porquanto acolhido o constructo teórico de função como liberdade, com a tutela e o incremento da “liberdade coexistencial”.⁸²

A liberdade ética, por conseguinte, está conectada a um dos sentidos atribuídos à solidariedade constitucional, isto é, a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos, não à solidariedade restrita aos confins de um grupo, ou dissolvida na subordinação de cada um ao Estado: “a solidariedade constitucional não concebe um interesse superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa”.⁸³ A coligação alteridade e justiça social vai ao encontro da tutela constitucional concreta, crítica e prospectiva da dignidade humana, que se efetiva na “realização da liberdade ética”, no momento da coexistência com o diferente. A liberdade negativa, positiva, material ou formal apresenta-se sob a forma de “responsabilidade pelo Outro”, “reconhecimento fático da alteridade”, e o seu exercício se torna uma questão ética. Em outras palavras, “a minha liberdade começa onde se inicia a liberdade do outro” – “liberdade investida” –, de acordo com Lévinas, porque o Outro “traumatiza as certezas”, repisando-se o afirmado anteriormente.⁸⁴

A teorização e a prática da alteridade podem levar a uma efetivação da justiça social como expressa no *caput* do art. 170 da CF/88; todavia, não se circunscreve às hipóteses previstas no aludido artigo, pois a justiça social permeia a juridicidade vigente com o propósito de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, e em respeito à dignidade da pessoa humana (CF/88, arts. 3º, I, e 1º, III), até porque as desigualdades sociais e econômicas são tragédias evitáveis.⁸⁵ Isso reequilibra a assimetria de poder nas relações de consumo.

A justiça social, em um primeiro sentido, pode ser entendida como uma justiça que equilibre, quando efetivada, as ideias de democracia e de crescimento socioeconômico e ambiental. De igual modo, a ideia de igualdade substancial para os cidadãos de forma coletiva e individual, pois um Estado que concretize a aludida harmonia “será um Estado de Justiça”.⁸⁶

A densificação da justiça social altera concretamente as desigualdades, porque é o aperfeiçoamento da justiça comutativa (dar a cada um o que é seu, com privilégio à igualdade formal) e da justiça distributiva (dar a cada um o que é seu, embora reconheça as desigualdades,

⁸² PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 167.

⁸³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 461-462.

⁸⁴ TIMM DE SOUZA, Ricardo. *Justiça em termos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 142, 143, 149 e 152.

⁸⁵ RORTY, Richard. Duas profecias. *Folha de São Paulo*, Caderno “Mais”, 24/5/1998.

⁸⁶ COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 196.

por meio de legislação –ex: CDC –, ou por outro modo, sem, porém, alterá-las).⁸⁷ A efetivação da justiça social no caso concreto fomentará a justiça relacional ou situacional, aquela derivada de uma determinada relação ou situação jurídica, a impedir a mercantilização da sociedade e da pessoa humana concreta.⁸⁸

A construção e a realização dos direitos fundamentais, por meio da ideia de responsabilidade por danos, não podem resultar na confirmação do pensamento de Saramago, em texto apresentado no Fórum Social Mundial em 2002: “Não há pior engano do que o daquele que a si mesmo se engana. E assim é que estamos vivendo”.⁸⁹ Por isso, o intérprete tem uma espinhosa missão de não contribuir para o permanente passamento da justiça social, como se ela jamais tivesse existido para quem nela confiou ou que dela esperava “o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça”.⁹⁰ Os sentidos da justiça social não podem ser aqueles que concretizam a justiça em cada caso de olhos vendados, em que o peso da balança se encontra viciado e a espada sempre fende mais um lado que o outro. Espera-se uma justiça rigorosamente ética, “uma justiça que seja a emanção espontânea da própria sociedade em ação”.⁹¹

Reivindica-se justiça social, fruto da “angústia da responsabilidade pelo rosto que interpela”. Avulta a primazia dos contatos e da intersubjetividade, sob o “desafio do olhar sem contexto e da tentativa de tornar o trauma da diferença em encontro ético”.⁹² Não se pode admitir o Direito como um “jogo jogado” *a priori* por quem quer que seja, pelas regras, pelos Códigos etc. O ideário de justiça social permanece, haja vista a necessidade de um porvir consentâneo com as respostas requeridas para os problemas das vítimas e dos danos potenciais e concretos produzidos hodiernamente no Brasil.

⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. *Revista trimestral de direito civi*. Rio de Janeiro: Padma, v. 16, p.103-113, out./dez. 2003.

⁸⁸ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas (breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: FACHIN, Luiz Edson *et al.* *Diálogos sobre direito civil*. Renovar: Rio de Janeiro: 2002, p. 155-165.

⁸⁹ SARAMAGO, José. *Este mundo da injustiça globalizada: texto lido na cerimônia de encerramento do Fórum Social Mundial* 2002. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2913. Acesso em: 30 de julho de 2012.

⁹⁰ SARAMAGO, José. *Este mundo da injustiça globalizada: texto lido na cerimônia de encerramento do Fórum Social Mundial* 2002. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2913. Acesso em: 30 de julho de 2012.

⁹¹ SARAMAGO, José. *Este mundo da injustiça globalizada: texto lido na cerimônia de encerramento do Fórum Social Mundial* 2002. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2913. Acesso em: 30 de julho de 2012.

⁹² LIMA PEREIRA, Gustavo Oliveira de. *A pátria dos sem pátria: direitos humanos & alteridade*. Porto Alegre: Editora Uniritter, 2011, p. 137-208; LIMA PEREIRA, Gustavo oliveira de. Resenha. *Revista fórum de direito civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p. 291-296, set./dez. 2012, p. 294-295.

A alteridade e a justiça social, portanto, passam a ser o sustentáculo desse Direito que tutela a vida em relação, podendo-se utilizar o sentido de justiça haurido das construções relacionadas à filosofia da libertação, isto é, uma sociedade em que caiba o interesse de todos e o de cada um, inclusive os interesses ambientais, sendo este o direito fundamental. Esse sentido de justiça está umbilicalmente conectado àquele de liberdade plural inter-rationais, a incorporar novos direitos, acrescentando-os aos que se encontram na condição de sem-direitos (vítimas do sistema de direito vigente). Isso demonstra uma dualidade funcional do Direito: “de um lado, a função de conservação, onde a vida está afirmada; e, de outro, a função é de transformação, onde a vida está negada”,⁹³ a fortificar a ideia de desenvolvimento como liberdade.

A normatividade dos direitos fundamentais sociais, por meio de interpretações prospectivas das relações de consumo respeitam a construção decisória dos direitos fundamentais individuais e sociais pelos poderes da República, readequando os pressupostos dessa responsabilidade civil, quiçá, por danos que se avizinha no devir e no porvir das relações de consumo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil. Introdução**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tulio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 19-31.

BANDEIRA, Paula Greco. *Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil*. Civillística.com Disponível civilistica.com - Ano 1. Número 2. 2012 em: Acesso em: 10dez2012.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade**. Cascais: Principia, 2014.

BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011.

⁹³ LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia da libertação. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 326-333, p. 330-331.

BODIN de MORAES, Maria Celina. A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 29, p. 233-258, 2006.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Evolução dos Torts: do Trespass à Strictliability. In: Luciana Costa Poli; Cesar Augusto de Castro Fiúza; Elcio Nacur Rezende. (Orgs.). **Direito Civil**. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 362-385.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, v.1.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010 (capítulo da responsabilidade civil).

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013.

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.483-503.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2015.

DUPUY, Jean-Pierre. **René Girard – o tempo das catástrofes: quando o impossível é uma certeza**. Trad. Lília Ledon da Silva. São Paulo: Realizações Editora, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fins**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. O futuro do Direito e o direito ao futuro. **Revista OABRJ**, v. 24, p. 261-274, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Melina Girardi; FACHIN, Luiz Edson. Um Ensaio sobre Dignidade da Pessoa Humana nas Relações Jurídicas Interprivadas. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. (Orgs.). **Direito: Teoria e Experiência - Estudos em Homenagem a Eros Roberto Grau**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, t. 1, p. 684-700.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga Netto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. O Problema do Tempo Decisório nas Políticas Públicas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 187, p. 21-34, 2010.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação**. Curitiba: Juruá, 2014.

GALLO, Paollo. **Pene private e responsabilità civile**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1996.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória. **Tese de doutorado** defendida na Universidade Federal do Paraná, 2015.

GRUNDMANN, S.; MENDES, Gilmar Ferreira; MARQUES, C. L.; BALDUS, C.; MALHEIROS, M. **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HALÉVY, Marc. **A era do conhecimento: princípios e reflexões sobre a revolução noética no século XXI**. Trad. Roberto Leal. São Paulo: Unesp, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho civil constitucional**. Santa Fé: Rubinzal- Culzoni editores, 2011.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Análisis de la responsabilidad en el proyecto argentino de código civil unificado de 1998. In: FERNANDEZ, Carlos López; CAUMONT, Arturo; CAFFERA, Gerardo (Coord.). **Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Jorge Gamarra**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, p. 311-322.

LARRAÑAGA, Pablo. **El concepto de responsabilidad**. Mexico: Fontamara, 2000.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas**. Atlas: São Paulo, 2012.

LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. **Revista Fórum de Direito Civil - RFDC**, v. 4, p. 249-259.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português: direito das obrigações**. Lisboa: Almedina, 2010, v. 2, t. 3.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano Ambiental: Do individual ao coletivo, extrapatrimonial**. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma e reformar o pensamento**. 19. ed. Trad. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **A pátria dos sem pátria: direitos humanos & alteridade**. Porto Alegre: Editora Uniritter, 2011.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords). **Questões Controvertidas no NCC**. São Paulo: Método, 2006, v. 5, p. 65-84.

PORTO, Antônio José Maristello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e economia no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180-200.

REPRESAS, Trigo; MESA, Lopez. **Tratado de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 1.

REPRESAS, Trigo. **Doctrina - Daños Punitivos**. Disponível em: http://www.taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/7348448/Doctrina-Danos-Punitivos-_Trigo-Represas_.html. Acesso em: 14 dez.2012.

ROSENVALD, Nelson. **As funções punitivas da responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho. **Direito, filosofia e a humanidade como tarefa**. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Sobre uma eventual definição da causalidade nos projetos nacionais europeus de reforma da responsabilidade civil. São Paulo: RT, **Revista de direito do consumidor**, ano 20, p. 161-188, abril-junho 2011.

SOUZA, Ricardo Timm de. “Fenomenologia e Metafenomenologia: substituição e sentido – sobre o tema da substituição no pensamento ético de Levinas”, In: SOUZA, Ricardo Timm de. – OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. (Orgs.). **Fenomenologia hoje – existência, ser e sentido no alvorecer do século XXI**. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2001, p. 379-414.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Justiça em seus termos - dignidade humana, dignidade do mundo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio. **Parecer**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf> Acesso em 09.08.2023.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t.1, p. 1–23.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 9, ano 3, p. 311-326, setembro-dezembro 2017

TUSA, Gabriele. A responsabilidade de contato e os crimes cometidos por meio da internet. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (Coords.) **Novo Código Civil: Questões Controvertidas– (Responsabilidade civil)**. São Paulo: Método, 2006, v.5, p. 167-195.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva e possíveis instrumentos de atuação: a autotutela e as despesas preventivas. In: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. (Orgs.). **Direito civil constitucional a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 357-373.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material**. São Paulo: Malheiros, 2014.

VERONESE, Alexandre. Os conceitos de sistema jurídico e de Direito “em rede”: análise sociológica e da teoria do direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFF**, v.5, 2001, p. 131-149.

VILLELA, João Baptista. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco – **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, nº 22/91, 2ª quinç., nov.1991, cad. 3, p. 490-499.

VITA NETO, José Virgílio. A atribuição da responsabilidade contratual. **Tese de Doutorado** defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2007.

WINFIELD, Percy Henri; JOLOWICZ, John Antony; ROGERS, W.V.H. **Tort**. London: Thomson/Swet&Maxwell, 2006.

O DIREITO AO REEMBOLSO E O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR BRASILEIRO

THE RIGHT TO REIMBURSEMENT AND THE BRAZILIAN SUPPLEMENTARY HEALTH SYSTEM

Altair Guerra da Costa¹

RESUMO

Neste artigo, serão abordados os aspectos gerais do direito à saúde, com ênfase na sua matriz constitucional e na regulamentação legal e, ainda, no que diz respeito ao sistema de saúde suplementar, à regulação pela respectiva agência reguladora – ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) – sobre a cobertura mínima obrigatória, ou plano-referência de assistência à saúde, cobertura contratual, limites territoriais (área geográfica de abrangência) e prazos máximos para atendimento. De igual forma, será tratado o direito ao reembolso, em maior ou menor extensão (integral ou de acordo com a tabela de procedimentos do plano ou seguro privado de assistência à saúde contratado), na perspectiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre esse direito, quando ele é reconhecido e a sua extensão.

Palavras-chave: Direito à saúde; Sistema público de saúde; Sistema de saúde suplementar brasileiro; Coberturas mínimas obrigatórias no âmbito da saúde suplementar; Direito ao reembolso e a sua extensão.

ABSTRACT

In this article, the general aspects of the right to health will be addressed, with emphasis on its constitutional matrix and legal regulation and, also, with regard to the supplementary health system, regulation by the respective regulatory agency – ANS (National Health Agency Supplementary) – on the minimum mandatory coverage, or health care reference plan, contractual coverage, territorial limits (geographical area of coverage) and maximum deadlines for service. Likewise, the right to reimbursement will be treated, to a greater or lesser extent (in full or in accordance with the table of procedures of the contracted private health care plan or insurance), from the perspective of the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) about this right, when it is recognized and its extent.

Keywords: Right to health; Public health system; Brazilian supplementary health system; Mandatory minimum coverage in the scope of supplementary health; Right to reimbursement and its extension.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO). Mestre em Direito – Ciências Jurídico-Civilistas/Menção em Processo Civil, no período de 2016 a 2018, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal).

INTRODUÇÃO

No catálogo dos direitos e garantias fundamentais, o direito social à saúde ocupa posição de destaque na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 6º da CRFB²), e é regido pelos princípios da **integralidade de assistência** (entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema), da **universalidade** (acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência) e da **equidade** (igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie), e nas vertentes de **promoção, prevenção e recuperação**.

Na dicção da Carta Política brasileira: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (art. 196)

O direito à saúde, de titularidade de todos, é correspondente ao dever do Estado de o assegurar, e o adimplemento dessa obrigação ocorre a partir de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade no âmbito da seguridade social (art. 194 da CRFB³).

Os Poderes Públicos são solidariamente responsáveis por assegurar a todos o direito à saúde, e para tanto se utilizam de recursos do orçamento da seguridade social para financiar o Sistema Único de Saúde (SUS):

“O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.” (§ 1º do art. 197 da CRFB)

Nesse cenário, a lei ordinária⁴ regulou “em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado”, concebendo-se a saúde como um “[...] direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

⁴ BRASIL. Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (art. 2º da Lei Federal nº 8.080/1990).

Esse diploma legal, em obediência à norma constitucional, reafirmou o dever do Estado de garantir a saúde, que “[...] consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.” (§ 1º do art. 2º da Lei Federal nº 8.080/1990)

Num país de economia emergente e com a dimensão territorial do Brasil, com uma população atual de aproximadamente 210 milhões de habitantes⁵, o compromisso constitucional de assegurar o direito à saúde de maneira integral e universal – sem qualquer ônus financeiro ao usuário (ou utente), nem mesmo a taxa moderadora⁶, como existe em Portugal (que representa um diminuto contributo para o financiamento da saúde pública⁷) – é inegavelmente desafiador e audacioso – compromisso esse que “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente”, não obstante a natureza programática das normas que o asseguram⁸ –, o que nações ricas não ousaram

⁵BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/41111-populacao-estimada-do-pais-chega-a-212-6-milhoes-de-habitantes-em-2024> (acesso em 04 de outubro de 2024).

⁶PORTUGAL. Lei de Bases da Saúde, Lei nº 48/90 (Base XXXIV), embora existam inúmeros casos de isenção e de dispensa do pagamento da taxa moderadora.

⁷DIAS DA SILVA, Ricardo Augusto. Os sistemas de saúde brasileiro e português: o que nos aproxima e nos distancia além do Atlântico. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 109/110. “[...] o contributo das taxas moderadoras, no âmbito do montante das despesas com saúde, não é significativo, representando cerca de 1% do total da despesa pública em saúde.”

⁸BRASIL. STF (Supremo Tribunal Federal). “PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE

assumir⁹: a estruturação de um sistema de saúde pública financiado com recursos orçamentários da União, dos Estados e Distrito Federal e Municípios, por meio do SUS.

Nos termos das normas constitucionais e legais de regência, o SUS deve se preocupar em atender a todos, nas suas mais diferentes necessidades, independentemente da condição econômica do usuário. Não obstante o SUS ser **destinado a todos**, e de seu amplo espectro de atuação¹⁰, o sistema público de saúde **não é para tudo**, diante da finitude da fonte de financiamento, tanto que o “[...] dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade” (§ 2º do art. 2º da Lei Federal nº 8.080/1990).

Aliás, a própria CRFB enuncia que a assistência à saúde é também de responsabilidade da iniciativa privada:

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (RE 271286, de relatoria Ministro Celso de Mello, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 12 de setembro de 2000).

⁹<https://futurodasaude.com.br/sistemas-de-saude/> (acesso em 04 de outubro de 2024).

¹⁰BRASIL. Lei Federal nº 8.080/1990. “Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

- a) de vigilância sanitária;
- b) de vigilância epidemiológica;
- c) de saúde do trabalhador; e
- c) de saúde do trabalhador; (Redação dada pela Lei nº 14.572, de 2023)
- d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;
- e) de saúde bucal; (Incluída pela Lei nº 14.572, de 2023)

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

XII - a formulação e a execução da política de informação e assistência toxicológica e de logística de antídotos e medicamentos utilizados em intoxicações.”

Noutras palavras, o Estado não é o único ator na missão de assegurar o direito à saúde¹¹, existem outros atores – pessoas, família, empresas e sociedade –, ainda que coadjuvantes ou com papel secundário, o que significa dizer que efetivação do direito à saúde no Brasil deriva de dois sistemas: o público (de acesso universal e gratuito) e o privado (de caráter supletivo)¹².

Sobreveio, nesse contexto, a lei que se ocupou em disciplinar o Sistema de Saúde Suplementar – com o objetivo de colmatar o sistema público de saúde –, mais precisamente os planos e seguros privados de assistência à saúde, por meio da qual regulamentou a atuação das “[...] pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade e, simultaneamente, das disposições da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) [...]”¹³.

Por força de norma legal expressa, o Plano Privado de Assistência à Saúde se obriga a proporcionar:

“[...] prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor¹⁴”.

Delineadas, portanto, as bases do nosso estudo, que envolve precisamente o direito ao reembolso no âmbito do Sistema de Saúde Suplementar, atividade econômica explorada por pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão¹⁵.

2 O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR BRASILEIRO

Evidenciada a matriz constitucional do Sistema de Saúde Suplementar¹⁶,

¹¹REGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2007, p. 28)

¹²VIANNA, Geraldo Luiz. Judicialização da saúde suplementar: a concepção do direito como integridade contra a discricionariedade judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 36. “[...] a saúde no Brasil compreende um sistema público, de acesso universal igualitário e gratuito, e um sistema privado, de caráter supletivo baseado na livre iniciativa.”

¹³BRASIL. Lei Federal nº 9.656, de 3 de junho de 1998 (art. 1º).

¹⁴BRASIL. Lei Federal nº 9.656, de 3 de junho de 1998 (Inciso I do art. 1º).

¹⁵BRASIL. Lei Federal nº 9.656, de 3 de junho de 1998 (Inciso II do art. 1º).

¹⁶DRESCH, Renato Luís/CASTRO BICALHO, Fábila Madureira de – coordenadores e coautores. Manual

contida no art. 199 da CRFB, o sistema privado de assistência à saúde é disciplinado por lei ordinária e por atos normativos da agência reguladora respectiva – ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) – criada pela Lei Federal nº 9.961/2000¹⁷, à qual compete, dentre outras: a) elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades (inciso III do art. 4º); b) estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998 (inciso XI do art. 4º); c) fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento (inciso XXIII do art. 4º); d) exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde (inciso XXIV do art. 4º).

O Sistema de Saúde Suplementar, integrado pelos planos e seguros privados de assistência à saúde¹⁸, ocupa o papel de coadjuvante ao Sistema Público de Saúde, o ator principal na missão de assegurar o direito fundamental à saúde, e essa atividade suplementar, em regra, submete-se às normas contidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁹, ressalvando-se a inaplicabilidade da legislação consumerista aos planos de autogestão, de acordo com o enunciado da Súmula nº 608 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).²⁰

A condição de “coadjuvante” do Sistema de Saúde Suplementar deriva da previsão legal de que, ao lado da obrigação do Estado, existe também a obrigação das “[...] pessoas, da família, das empresas e da sociedade” (§ 2º do art. 2º da Lei Federal nº

de direito à saúde: normatização e judicialização/Comitê Executivo da Saúde de Minas Gerais Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 55. “A saúde suplementar, representada pela assistência privada, está contemplada no art. 199 da Constituição Federal, regulamentada pela Lei nº 9.656/98 e se sujeita à regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS por meio da criação de normas, realização de controle e fiscalização da atividade das operadoras de planos de saúde, visando assegurar o interesse público.”

¹⁷BRASIL. Lei Federal nº 9.961/2000. *Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.*”

¹⁸Operado por sociedade civil ou comercial que tenha o objeto de gerir plano de saúde sob alguma dessas modalidades: administrador; cooperativa médica ou odontológica; autogestão; medicina em grupo; ou filantropia.

¹⁹BRASIL. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

²⁰BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). SÚMULA n. 608: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

8.080/1990), e nessa vertente os planos e seguros privados de assistência à saúde adquirem especial relevância.

Esse sistema tem na Lei Federal nº 9.656/98 a sua principal base normativa, a qual define o conceito de Plano Privado de Assistência à Saúde²¹, e de Operadora de Plano de Assistência à Saúde²², que ocupa o papel de fornecedor na relação de consumo estabelecida com o usuário ou beneficiário do plano de assistência à saúde (o consumidor).

Não obstante a Lei Federal nº 9.656/98 seja a principal base normativa do Sistema de Saúde Suplementar, não é a única, na medida em que as operadoras de Plano de Assistência à Saúde subordinam-se, também, às normas da ANS²³, naquilo que diz respeito à garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, incluindo o direito de reembolso de despesas (alínea “c” do § 1º o art. 1º da Lei Federal nº 9.656/98), e também na amplitude dessa cobertura²⁴.

O contrato de assistência à saúde deve ser orientado pela proteção da confiança e pelo princípio da boa-fé objetiva e deveres anexos, exigível a ambos os contratantes (art. 422 do Código Civil²⁵ e Enunciado nº 170 do Conselho da Justiça Federal²⁶), o que impõe aos contratantes a atuação de acordo com determinados padrões de lisura, retidão e honestidade, de modo a não frustrar a legítima expectativa²⁷ e

²¹BRASIL. Lei Federal nº 9.656/98. “Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.” (Inciso I do art. 1º).

²²BRASIL. Lei Federal nº 9.656/98. “Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo.” (Inciso II do art. 1º)

²³BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). *Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira [...]*, como o direito ao reembolso de despesas. (§ 1º do art. 1º da Lei Federal nº 9.656/98)

²⁴BRASIL. Lei Federal nº 9.656/98. “A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS, que publicará rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação” (§ 4º do art. 10).

²⁵BRASIL. Código Civil. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (Art. 422)

²⁶“a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato” (Enunciado nº 170 do Conselho da Justiça Federal).

²⁷BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça. “DIREITO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. MEDICAMENTO. USO DOMICILIAR. NEGATIVA DE COBERTURA. BOA-FÉ OBJETIVA. LEGÍTIMA EXPECTATIVA.

confiança despertada no outro contratante²⁸, ou seja, a boa-fé é um arquétipo ou modelo de comportamento social que induz a um conceito ético de proceder de forma correta²⁹.

O STJ já decidiu que:

“[...] Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual.” (REsp n. 962.980/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/3/2012, DJe de 15/5/2012)

Ninguém ignora que ao aderir a um plano ou seguro de assistência à saúde o consumidor espera, legitimamente³⁰, uma cobertura adequada, que lhe assegure atendimento, no tempo e do modo desejado, por profissionais qualificados e em

VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. SURRECTIO. OCORRÊNCIA. DANOS MORAIS MANTIDOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. É lícita a exclusão, na Saúde Suplementar, do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, isto é, aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, salvo os antineoplásicos orais (e correlacionados), a medicação assistida (home care) e os incluídos no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para esse fim. Interpretação dos arts. 10, VI, da Lei nº 9.656/1998 e 19, § 1º, VI, da RN-ANS nº 338/2013 (atual art. 17, parágrafo único, VI, da RN-ANS nº 465/2021) (AgInt nos EREsp 1.895.659/PR, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/11/2022, DJe de 9/12/2022). 2. 'A doutrina e a jurisprudência desta Corte, à luz do dever de boa-fé objetiva e à proteção da confiança, reconhece a existência do instituto da surrectio, o qual permite aquisição de um direito pelo decurso do tempo, pela expectativa legitimamente despertada por ação ou comportamento' (REsp 1.899.396/DF, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 23/6/2022, DJe de 1º/7/2022, g.n.). 3. Hipótese na qual, após o custeio do medicamento por tempo considerável, e sem oposição, a operadora negou a cobertura sob o fundamento de ausência de previsão do rol da ANS, resultando em comportamento contraditório violador da boa-fé objetiva. Particularidade que, de modo excepcional, autoriza a incidência do instituto da surrectio, permitindo a manutenção do custeio do tratamento. 4. 'Havendo dúvida razoável na interpretação do contrato, a recusa da operadora de plano de saúde na cobertura de determinado procedimento, sem ofensa aos deveres anexos do pacto - como a boa-fé -, não pode ser reputada ilegítima ou injusta, violadora de direitos imateriais, de modo que não fica configurada a conduta ilícita capaz de ensejar a indenização por danos morais' (AgInt no AREsp 1.412.367/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/03/2020, DJe de 13/03/2020). 5. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no REsp n. 1.896.776/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 5/6/2023, DJe de 13/6/2023)

²⁸ROSENVALD, Nelson/CHAVES, Cristiano, in Teoria Geral e Contratos em Espécie, 6ª ed., Editora Jus Podivm, pág. 174/175.

²⁹BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). “[...] 4. Os deveres anexos, decorrentes da função integrativa da boa-fé objetiva, resguardam as expectativas legítimas de ambas as partes na relação contratual, por intermédio do cumprimento de um dever genérico de lealdade, que se manifesta especificamente, entre outros, no dever de informação, o qual impõe a comunicação do contratante sobre fatos que a sua diligência ordinária não alcançaria isoladamente. 5. O descumprimento dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva pode desobrigar a contraparte, fazendo incidir a exceptio non adimpleti contractus (art. 476 do CC). Julgados desta Corte. 6. A

comprovação da ausência de lealdade na conduta do contratante e da frustração da expectativa legítima de outrem demanda o acurado exame das circunstâncias da relação jurídica estabelecida.” (STJ – REsp n. 2.140.050/PR, relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 3/9/2024, DJe de 6/9/2024)

³⁰A legítima expectativa do consumidor é legalmente tutelada (§ 1º do art. 12 da Lei Federal nº 8.078/90), além de ínsita no princípio da proteção da confiança e da boa-fé objetiva.

estabelecimentos de saúde aptos a prestar o serviço de assistência que no sistema público demandaria espera – por vezes prolongada – devido à concorrência com milhões de outros potenciais usuários³¹ que, por razões nomeadamente econômicas, não possuem acesso à saúde suplementar.

Nesse sentido, o consumidor alimenta a legítima expectativa de que o plano ou seguro de assistência à saúde por ele contratado lhe proporcione atendimento adequado, de acordo com as coberturas previstas no contrato, por meio de sua rede própria ou por meio de profissionais e estabelecimentos integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada (inciso I do art. 1º da Lei Federal nº 9.656/98).

O atendimento adequado pressupõe a observância das modalidades de cobertura, a partir: i) do plano-referência de assistência à saúde³²; ii) da atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, de responsabilidade da ANS³³ (§ 12 do art. 10 da Lei Federal nº 9.656/98)³⁴; e iii) da previsão contratual, incluindo, obviamente, a área de cobertura (área geográfica de abrangência, no território brasileiro).

De acordo a lei de regência, mesmo que o **tratamento** ou **procedimento** prescrito por médico ou odontólogo assistente não esteja previsto no rol da ANS (§ 12 do art. 10 da Lei Federal nº 9.656/98), a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que: i) exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou ii) existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais³⁵.

Essas são, portanto, mais duas hipóteses de cobertura obrigatória pelo plano ou seguro de assistência à saúde para **tratamento** e **procedimento**. Não se deve

³¹<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28793-pns-2019-sete-em-cada-dez-pessoas-que-procuram-o-mesmo-servico-de-saude-vao-a-rede-publica> (acesso em 04 de outubro de 2024).

³²BRASIL. Lei Federal nº 9.656/98. “É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde [...]” (art. 10).

³³BRASIL. Agência Nacional de Saúde (ANS).

³⁴BRASIL. Lei Federal nº 9.656/98. “O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.” (§ 12 do art. 10)

³⁵BRASIL. Lei Federal nº 9.656/98 (§ 13 do art. 10).

confundir, entretanto, com **fornecimento de medicamento** para tratamento domiciliar, o que, em regra, não se inclui na cobertura do plano ou seguro saúde³⁶, exceto nos casos de medicação destinada: i) a tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes³⁷; ii) a tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar³⁸.

O art. 12 da lei de regência trata das coberturas mínimas do chamado plano-referência: i) **quando incluir atendimento ambulatorial**: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes; ii) **quando incluir internação hospitalar**: a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; f) cobertura de despesas de acompanhante,

³⁶BRASIL. Lei Federal nº 9.656/98 (Inciso VI do art. 10).

³⁷BRASIL. Lei Federal nº 9.656/98 (art. 12, inciso I, alínea “c”).

³⁸BRASIL. Lei Federal nº 9.656/98 (art. 12, inciso II, alínea “g”).

no caso de pacientes menores de dezoito anos; g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar.

Para além dessas, as coberturas mínimas do plano-referência podem incluir: **atendimento obstétrico** e **atendimento odontológico** (incisos III e IV do art. 12 da lei de regência).

Descortinadas as linhas gerais do Sistema de Saúde Suplementar, mais precisamente sobre o contrato de plano ou seguro de assistência à saúde, com especial abordagem ao direito do consumidor naquilo que diz respeito à cobertura obrigatória (incluindo a área de cobertura ou limites geográficos de abrangência, no território brasileiro), é chegado o momento de dar um passo adiante, e adentrar ao objeto do nosso estudo: o direito ao reembolso no âmbito da saúde suplementar.

3 O DIREITO AO REEMBOLSO

De partida, convém destacar que o direito ao reembolso possui previsão legal expressa, contida no art. 12, inciso VI, da Lei Federal nº 9.656.98, o qual relaciona as exigências mínimas do plano-referência, e deve contemplar o direito ao:

“VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada.”

Evidente, portanto, que existe o direito ao reembolso em “todos os tipos de produtos” previstos no art. 1º da lei de regência, no inciso I (Plano Privado de Assistência à Saúde), na **modalidade contratual de prestação continuada de serviços**, e no § 1º (qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da **garantia de cobertura financeira de riscos** de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira).

Essa última modalidade contratual tem como particularidade a **garantia de cobertura financeira de riscos à saúde**, ou seja, é um **contrato que assegura a proteção financeira do consumidor**, e não a prestação continuada de serviços de saúde a partir de rede própria, credenciada, contratada ou referenciada.

Numa modalidade contratual (Plano Privado de Assistência à Saúde), a regra é a prestação continuada de serviços por meio de rede própria de atendimento, ou por prestadores integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, e, **excepcionalmente**, cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido. Noutra modalidade contratual (de garantia de cobertura financeira de riscos à saúde), por regra, a operadora não possui rede própria, credenciada, contratada ou referenciada, e se propõe a arcar com o “custeio de despesas” (alínea “a” do § 1º do art. 1º da lei de regência), pagando diretamente ao prestador de serviços, ou o “reembolso de despesas” pagas pelo consumidor ao prestador de serviços.

É certo, no entanto, que em qualquer das modalidades de contrato – mesmo em planos que não possuem previsão de livre escolha do profissional ou prestador de serviços –, em maior ou menor alcance, existe o direito ao **reembolso** das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em **casos de urgência ou emergência** ou **quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, nos limites das obrigações contratuais**.

Nesse quadro, o reembolso pressupõe uma situação de “urgência ou emergência” **ou** “quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras”, e nos limites das obrigações contratuais assumidas por ambos os contratantes, de modo que, eventualmente, o usuário – ou utente – do plano ou seguro de assistência à saúde pode ser compelido pelas circunstâncias a arcar, com recursos próprios, com custos do tratamento ou procedimento.

Por essa razão, o direito ao reembolso será em maior amplitude (integral) quando o não atendimento diretamente pelo plano ou seguro de assistência à saúde decorrer de circunstância não oponível ao consumidor, como nos casos de: i) negativa abusiva de cobertura; ii) situações de urgência ou emergência, que não possibilitam ao usuário/beneficiário buscar atendimento em uma unidade credenciada, contratada ou

autorizada; iii) indisponibilidade³⁹, ou inexistência⁴⁰ – no município – de prestador que ofereça o serviço demandado e contratualmente assegurado, na área de cobertura (área geográfica de abrangência⁴¹), e no prazo máximo para atendimento⁴², nos termos do

³⁹BRASIL. Resolução Normativa ANS nº 566, de 29 de dezembro de 2022. “indisponibilidade: quando, no município da demanda, existe prestador na rede assistencial da operadora de planos de saúde que ofereça o serviço ou procedimento demandado, mas este prestador não se encontra disponível para atendimento nos prazos estabelecidos nesta resolução normativa.” (Inciso VI do parágrafo 1º do art. 1º)

⁴⁰BRASIL. Resolução Normativa ANS nº 566, de 29 de dezembro de 2022. “Art. 5º Na hipótese de inexistência de prestador, seja ele integrante ou não da rede assistencial, que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir atendimento em:

I - prestador integrante ou não da rede assistencial nos municípios limítrofes a este; ou

II - prestador integrante ou não da rede assistencial na região de saúde à qual faz parte o município.

§ 1º Na inexistência de prestadores nas hipóteses listadas nos incisos I e II deste artigo, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitados os prazos fixados no art. 3º.

§ 2º Nas hipóteses listadas nos incisos I e II deste artigo, a operadora estará desobrigada a garantir o transporte.

Art. 6º Na hipótese de inexistência de prestador, seja ele integrante ou não da rede assistencial, que ofereça o serviço de urgência e emergência demandado, no mesmo município, nos municípios limítrofes a este e na região de saúde à qual faz parte o município, desde que pertencentes à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitado o disposto no inciso XVII do art. 3º.

Parágrafo único. O disposto no caput dispensa a necessidade de autorização prévia, respeitando as Resoluções CONSU nº 08 e 13, de 1998, ou os normativos que vierem a substituí-las.”

⁴¹BRASIL. Resolução Normativa ANS nº 566, de 29 de dezembro de 2022. “área geográfica de abrangência: área em que a operadora fica obrigada a garantir todas as coberturas de assistência à saúde contratadas pelo beneficiário, podendo ser nacional, estadual, grupo de estados, municipal ou grupo de municípios.” (Inciso I do parágrafo 1º do art. 1º)

⁴²BRASIL. Resolução Normativa ANS nº 566, de 29 de dezembro de 2022. “Art. 3º A operadora deverá garantir o atendimento integral das coberturas referidas no art. 2º nos seguintes prazos:

I – consulta básica - pediatria, clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetria: em até sete dias úteis;

II – consulta nas demais especialidades médicas: em até quatorze dias úteis;

III – consulta/sessão com fonoaudiólogo: em até dez dias úteis;

IV – consulta/sessão com nutricionista: em até dez dias úteis;

V – consulta/sessão com psicólogo: em até dez dias úteis;

VI – consulta/sessão com terapeuta ocupacional: em até dez dias úteis;

VII – consulta/sessão com fisioterapeuta: em até dez dias úteis;

VIII – consulta/sessão com enfermeiro obstetra ou obstetriz: em até dez dias úteis;

IX – consulta e procedimentos realizados em consultório/clínica com cirurgião-dentista: em até sete dias úteis;

X – serviços de diagnóstico por laboratório de análises clínicas em regime ambulatorial: em até três dias úteis;

XI – demais serviços de diagnóstico e terapia em regime ambulatorial: em até dez dias úteis;

XII – procedimentos de alta complexidade - PAC: em até vinte e um dias úteis;

XIII – atendimento em regime de internação eletiva: em até 21 (vinte e um) dias úteis;

XIV – atendimento em regime de hospital-dia: em até dez dias úteis;

XV – tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamento para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes: em até 10 (dez) dias úteis, cujo fornecimento poderá ser realizado de maneira fracionada por ciclo;

XVI – tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar: em até dez úteis, cujo fornecimento poderá ser realizado de maneira fracionada por ciclo; e

XVII – urgência e emergência: imediato.”

incisos I e VI do § 1º do art. 1º e art. 3º, ambos da Resolução Normativa ANS nº 566, de 29 de dezembro de 2022.

O art. 10 da Resolução Normativa ANS nº 566, de 29 de dezembro de 2022 preceitua que:

“Art. 10. Na hipótese de descumprimento do disposto nos arts. 4º [indisponibilidade de prestador integrante da rede assistencial que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto], 5º [inexistência de prestador que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto] ou 6º [garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem], caso o beneficiário seja obrigado a pagar os custos do atendimento, a operadora deverá reembolsá-lo integralmente no prazo de até trinta dias, contado da data da solicitação de reembolso, inclusive as despesas com transporte.

§ 1º Para todos os produtos que prevejam a opção de acesso a livre escolha de prestadores, o reembolso será efetuado nos limites do estabelecido contratualmente.

§ 2º Nos produtos onde haja previsão de acesso a livre escolha de prestadores, quando o procedimento solicitado pelo beneficiário não estiver disposto na cláusula de reembolso ou quando não houver previsão contratual de tabela de reembolso, deverá ser observada a regra disposta no caput deste artigo.

§ 3º Nos contratos com previsão de cláusula de coparticipação, este valor poderá ser deduzido do reembolso pago ao beneficiário.

§ 4º Nas hipóteses em que existe responsabilidade da operadora em transportar o beneficiário, caso este seja obrigado a arcar com as despesas de transporte, a operadora deverá reembolsá-lo integralmente.”

Essas são, portanto, as bases legais do direito ao reembolso.

De acordo com a doutrina, o reembolso é devido em todos os tipos de produto de assistência à saúde, e observará a relação de preços de serviços médicos e hospitalares do respectivo produto – de acordo com a tabela da operadora do plano de saúde –, e nos limites das obrigações contratuais, nos casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referendados pela operadora⁴³.

É oportuno, agora, explicitar as situações em que, na ótica do STJ⁴⁴ – instância máxima incumbida de, no Brasil, interpretar o direito infraconstitucional –, há

⁴³DRESCH, Renato Luís/CASTRO BICALHO, Fábila Madureira de – coordenadores e coautores. Manual de direito à saúde: normatização e judicialização/Comitê Executivo da Saúde de Minas Gerais Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 77. “Conforme disposto no art. 12, VI, da Lei 9656/98, o reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam a referida lei, será realizado de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto (tabela da operadora de plano de saúde), pagáveis no prazo máximo de 30 dias após a entrega da documentação adequada. Isso ocorrerá nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde e em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras”.

⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ).

o direito ao reembolso, e a respectiva extensão, segundo a sua jurisprudência mais recente sobre a matéria.

Nota-se, a partir dessa investigação da jurisprudencial, que alguns [poucos, é verdade] precedentes contradizem outros, num evidente desatendimento ao princípio da isonomia ou igualdade substancial no processo, na perspectiva de **igualdade pelo processo**⁴⁵, e que certamente justifica o apontamento doutrinário que destacou a incoerência nas decisões do STJ como característica de uma discricionariedade judicial⁴⁶.

Não obstante essa indesejável realidade, é possível identificar nesses julgados uma regra geral e as exceções normalmente utilizadas pela jurisprudência do STJ para o reconhecimento de um ou outro direito, quais sejam, o reembolso integral ou o reembolso parcial (conforme a tabela do plano contratado).

4 O DIREITO AO REEMBOLSO INTEGRAL

Na interpretação do STJ, o direito ao reembolso é **residual**, admitido apenas em situações excepcionais, diante da inexistência ou insuficiência de estabelecimento ou profissional credenciado no local ou urgência ou emergência do procedimento, e o reembolso integral das despesas realizadas perante prestador de serviço não credenciado é ainda mais excepcional.

Confira-se os seguintes precedentes:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES REALIZADAS FORA DA REDE CREDENCIADA. RESTRIÇÃO A SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. ART. 12, VI, DA LEI N. 9.656/1998. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA DESPROVIDOS.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se a operadora de plano de saúde é obrigada a reembolsar as despesas médico-hospitalares relativas a procedimento cirúrgico realizado em hospital não integrante da rede credenciada.

2. O acórdão embargado, proferido pela Quarta Turma do STJ, fez uma interpretação restritiva do art. 12, VI, da Lei n. 9.656/1998, enquanto a Terceira Turma do STJ tem entendido que a exegese do referido dispositivo deve ser expandida.

⁴⁵Não basta que o processo trate de forma igual os litigantes durante a sua tramitação se a sua estrutura não proporcionar iguais condições de acesso ao processo e, mais importante, se o seu resultado permitir que se outorgue tratamento desigual para situações que requerem tratamento similar. [...] A igualdade, quando estudada pela lente de um processualista – para além da simples paridade de armas – passa a ser igualdade ao processo, igualdade no processo e igualdade pelo processo” (Abreu, Rafael Sirangelo de. (2015). Igualdade e processo: Posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 21).

⁴⁶VIANNA, Geraldo Luiz. Judicialização da saúde suplementar: a concepção do direito como integridade contra a discricionariedade judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 66 e seguintes.

3. O reembolso das despesas médico-hospitalares efetuadas pelo beneficiário com tratamento/atendimento de saúde fora da rede credenciada pode ser admitido somente em hipóteses excepcionais, tais como a inexistência ou insuficiência de estabelecimento ou profissional credenciado no local e urgência ou emergência do procedimento.

4. Embargos de divergência desprovidos.”

(EAREsp n. 1.459.849/ES, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 14/10/2020, DJe de 17/12/2020)

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. ESTADO DE URGÊNCIA OU EMERGÊNCIA. SERVIÇOS MÉDICOS PRÓPRIOS OU CREDENCIADOS. LOCALIDADE. AUSÊNCIA. DESPESAS MÉDICAS. REEMBOLSO INTEGRAL.

1. É entendimento desta Corte Superior que, no caso de tratamento de cobertura obrigatória, em que não sejam ofertados serviços médicos próprios ou credenciados na localidade, a operadora do plano de saúde é responsável pelo custeio ou reembolso integral das despesas médicas realizadas pelo beneficiário. Precedentes.

2. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp n. 2.461.816/GO, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 6/9/2024)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA CONTRATUAL. SÚMULA 5/STJ. CIRURGIA INTRAUTERINA DE URGÊNCIA. REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES REALIZADAS FORA DA REDE CREDENCIADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PROFISSIONAIS HABILITADOS NO PLANO DE SAÚDE. REEMBOLSO INTEGRAL. RESTRIÇÃO A SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS.

1. Quanto à alegação de que não havia cobertura contratual para os tratamentos pleiteados, o Tribunal se manifestou no sentido de que o 'procedimento prescrito à autora nada mais é do que um procedimento ligado a própria assistência pré-natal e assistência ao parto, cobertas pelo contrato (cláusula 7.4, fls. 109/110)'. Afastar o referido entendimento demandaria o reexame das cláusulas contratuais. Súmula 5/STJ.

2. Eventual atendimento fora da rede credenciada deve ser reembolsado nos limites dos valores previstos na tabela da operadora. Contudo, em hipóteses excepcionais, esta Corte admite o reembolso integral das despesas realizadas em hospital não credenciado, como no caso em que o tratamento necessário ao paciente não é ofertado pelo plano de saúde em sua rede.

3. O Tribunal de origem, mediante análise das provas apresentadas no feito, concluiu, ainda, que a busca do tratamento fora das opções oferecidas pelo plano de saúde não foi mera escolha da paciente, e que a ré não logrou demonstrar que teria equipe e estabelecimento aptos a realizar o procedimento cirúrgico.

4. O acórdão recorrido merece ser mantido, pois acompanhou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, a 'partir do julgamento do EAREsp 1.459.849/ES, pela Segunda Seção, prevalece o entendimento de que, configurada a excepcional situação de emergência ou de urgência, sempre que inviabilizada pelas circunstâncias a utilização da rede própria ou contratada, como ocorreu no particular, cabe à operadora reembolsar o beneficiário pelos custos das despesas médicas realizadas, observados, no mínimo, os preços praticados pelo respectivo produto à data do evento' (AgInt no REsp n. 1.926.808/SP, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 21/2/2022, DJe de 24/2/2022).

Agravo interno improvido.”

(AgInt no REsp n. 1.959.248/SP, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 9/9/2024, DJe de 11/9/2024)

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE

FAZER. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚM. 282/STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. COBERTURA INTEGRAL DE TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO INCLUINDO INTERNAÇÃO. INÉRCIA DA OPERADORA EM INDICAR O PROFISSIONAL ASSISTENTE. TRATAMENTO REALIZADO FORA DA REDE CREDENCIADA ÀS CUSTAS DO USUÁRIO. COPARTICIPAÇÃO INDEVIDA. REEMBOLSO INTEGRAL. CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR. AFASTAMENTO DA MULTA ARBITRADA.

1. Ação declaratória de obrigação de fazer ajuizada em 24/08/2021, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 22/03/2022 e concluso ao gabinete em 19/10/2022.

2. O propósito recursal é decidir sobre: (i) a negativa de prestação jurisdicional; (ii) a validade da cláusula de coparticipação do beneficiário após o 30º dia de internação psiquiátrica fora da rede credenciada; (iii) a obrigação da operadora de reembolsar integralmente as despesas com internação psiquiátrica fora da rede credenciada; e (iv) a validade e a proporcionalidade das astreintes fixadas.

3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial (súm. 282/STF).

4. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 1.022, II, do CPC/15.

5. Diferentemente da hipótese do Tema 1.032/STJ, não há falar em coparticipação quando é o próprio usuário quem está arcando com as despesas de internação psiquiátrica fora da rede credenciada, ante a inércia da operadora em indicar o profissional assistente.

6. A partir da interpretação dada pela Segunda Seção ao art. 12, VI, da Lei 9.656/1998 e das normas editadas pela ANS, e considerando o cenário dos autos - sinalizando a omissão da operadora na indicação de prestador da rede credenciada -, faz jus o beneficiário ao reembolso integral das despesas assumidas com o tratamento de saúde que lhe foi prescrito pelo médico assistente, sob pena, inclusive, de a operadora incorrer em infração de natureza assistencial.

7. Hipótese em que, seja pelo cumprimento da obrigação de fazer pela operadora, seja pelo deferimento do pagamento de reembolso integral (obrigação de pagar), deve ser afastada a multa arbitrada.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido.”

(REsp n. 2.031.301/SP, relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 14/11/2023)

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANO MORAL COM TUTELA DE URGÊNCIA. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE CLÍNICA APTA A FORNECER O TRATAMENTO NA REDE CREDENCIADA. DEVIDO O REEMBOLSO INTEGRAL DAS DESPESAS HOSPITALARES. DECISÃO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que, 'nos casos em que não seja possível a utilização dos serviços médicos próprios, credenciados ou conveniados, o reembolso, pela operadora de assistência à saúde, do custeio das despesas médicas realizadas pelo segurado, deve ficar limitado aos valores indicados na tabela da operadora de plano de saúde, ainda que se trate de inexistência de estabelecimento credenciado no local ou impossibilidade de utilização dos serviços próprios da operadora' (AgInt no AREsp 2.534.737/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 3/6/2024, DJe de 7/6/2024).

2. Contudo, em casos excepcionais, como 'Na hipótese em que a operadora do

plano de saúde se omite em indicar prestador da rede credenciada apto a realizar o atendimento do beneficiário, este faz jus ao reembolso integral das despesas assumidas com o tratamento de saúde que lhe foi prescrito pelo médico assistente, em razão da inexecução contratual' (AgInt no AREsp 2.396.847/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/12/2023, DJe de 20/12/2023).

3. Estando a decisão de acordo com a jurisprudência desta Corte, o recurso especial encontra óbice na Súmula 83/STJ.

4. Agravo interno provido para reconsiderar a decisão e, em novo exame, conhecer do agravo para negar provimento ao recurso especial.

(AgInt no AREsp n. 2.503.886/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de 2/9/2024)

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANOS DE SAÚDE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REEMBOLSO DE DESPESAS FORA DA REDE CREDENCIADA. ART. 12, VI, DA LEI N. 9.656/1998. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Inexiste ofensa ao art. 1.022 do CPC quando a corte de origem examina e decide, de modo claro e objetivo, as questões que delimitam a controvérsia, não ocorrendo nenhum vício que possa nulificar o acórdão recorrido.

2. O reembolso das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde é admitido nos limites das obrigações contratuais e nos casos de urgência ou emergência em que não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras (art. 12, VI, da Lei n. 9.656/1998).

3. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ ao caso em que o acolhimento da tese defendida no recurso especial - não ocorrência de situação de emergência/urgência de tratamento - reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

4. Evidenciadas a urgência do tratamento e a falha na prestação do serviço consistente na omissão da operadora do plano de saúde em indicar estabelecimento, além da indisponibilidade de serviços próprios na rede credenciada, é devido o reembolso integral das despesas feitas pelo segurado.

5. Agravo interno desprovido.”

(AgInt no AREsp n. 2.529.208/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 26/8/2024, DJe de 28/8/2024)

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. URGÊNCIA. OMISSÃO DO PLANO DE SAÚDE EM INDICAR PROFISSIONAL CREDENCIADO PARA REALIZAÇÃO DO TRANSPLANTE DE FÍGADO. REEMBOLSO INTEGRAL. AFASTAMENTO DA TABELA. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Segundo orientação jurisprudencial vigente no Superior Tribunal de Justiça, não há falar em omissão, contradição, obscuridade ou erro material, nem em deficiência na fundamentação, quando a decisão recorrida está adequadamente motivada com base na aplicação do direito considerado cabível ao caso concreto, pois o mero inconformismo da parte com a solução da controvérsia não configura negativa de prestação jurisdicional.

2. A restituição das despesas médico-hospitalares efetuadas pelo beneficiário com tratamento/atendimento de saúde fora da rede credenciada pode ser admitida somente em hipóteses excepcionais, observada a tabela praticada no mercado. Contudo, 'na hipótese em que a operadora do plano de saúde se omite em indicar prestador da rede credenciada apto a realizar o atendimento do

beneficiário, este faz jus ao reembolso integral das despesas assumidas com o tratamento de saúde que lhe foi prescrito pelo médico assistente, em razão da inexecução contratual' (AgInt no AgInt no REsp n. 2.063.554/SP, relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/11/2023, DJe de 29/11/2023).

3. Agravo interno a que se nega provimento.”

(AgInt no AgInt no AREsp n. 2.456.523/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de 23/8/2024)

Essa interpretação apoia-se na premissa de que o contrato celebrado entre o fornecedor – plano ou seguro de assistência à saúde – e o consumidor, por meio do qual o prestador se obriga a oferecer ao beneficiário, na respectiva área geográfica de abrangência, cobertura para eventos de saúde – tratamento ou procedimento – por meio de sua rede própria, credenciada, contratada ou referenciada, deve ser fielmente cumprido, em decorrência lógica dos princípios da boa-fé objetiva e deveres anexos e da proteção da confiança.

Nesse sentido, o cumprimento do contrato representa a regra geral, aquilo que normalmente se espera dos contratantes e o desejável pelas normas de regência, de modo que o reembolso tem natureza de reparação material.

Diante desse quadro, o direito ao reembolso de despesas realizadas diretamente pelo consumidor, beneficiário de plano ou seguro de assistência à saúde, com serviços prestados por profissionais ou estabelecimentos de saúde não integrantes da rede credenciada é excepcional, como reiteradamente proclamado pela jurisprudência compilada.

Na realidade, o reembolso – em especial o do valor integral – só é cogitável quando o fornecedor descumpre o contrato celebrado com o consumidor, quando ocorre falha na prestação do serviço ao não oferecer a ele a necessária assistência à saúde, por motivos de: i) indisponibilidade do serviço; ii) inexistência do serviço (ou omissão na indicação do prestador da rede credenciada), na área geográfica de abrangência.

Não se pode ignorar, também, que a **negativa indevida de cobertura** representa uma infração ou inadimplemento contratual e, por essa razão, deve assegurar ao consumidor o direito ao reembolso integral das despesas realizadas perante prestador de serviço não integrante da rede credenciada. Confira-se, nesse sentido, excertos dos seguintes precedentes:

“Na hipótese de recusa de oferta do tratamento de saúde, resultando em inadimplemento contratual, o reembolso tem natureza de indenização por danos materiais, não se limitando aos preços praticados pelo plano de saúde.” (AgInt no REsp n. 2.108.594/SP, relator Ministro Humberto Martins, Terceira

Turma, julgado em 24/6/2024, DJe de 27/6/2024.

"O reembolso previsto no art. 12, VI, da Lei 9.656/1998 é obrigação cuja fonte é o próprio contrato, cabível nos casos de atendimento de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras; o reembolso integral, como pleiteado pela beneficiária e determinado pelo Tribunal de origem, constitui obrigação diversa, de natureza indenizatória, cuja fonte é a inexecução do contrato, e visa, na realidade, a reparação do consequente dano material suportado. [...] após a recusa manifestamente indevida de cobertura pela operadora de plano de saúde, em flagrante desrespeito à obrigação assumida no contrato, faz jus ao reembolso integral, a título de indenização pelo dano material." (REsp n. 1.840.515/CE, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 1º/12/2020)

Emerge, daí, a ilação de que nas hipóteses elencadas o reembolso deve ser integral, porque do contrário o consumidor ficaria desassistido diante do inadimplemento contratual por parte do fornecedor, e possui natureza de reparação material.

Exatamente por essa razão – a natureza reparatória do reembolso –, a prescrição extintiva do direito de reclamá-lo judicialmente é decenal (art. 205 do Código Civil brasileiro), consoante já se pronunciou o STJ:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICAS. SEGURO SAÚDE. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PRAZO PRESCRICIONAL. 1. É decenal o prazo prescricional aplicável para o exercício da pretensão de reembolso de despesas médico-hospitalares alegadamente cobertas pelo contrato de plano de saúde (ou de seguro saúde), mas que não foram adimplidas pela operadora. 2. Isso porque, consoante cediço na Segunda Seção e na Corte Especial, nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (artigo 205 do Código Civil) que prevê dez anos de prazo prescricional (EResp 1.280.825/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Segunda Seção, julgado em 27.06.2018, DJe 02.08.2018; e EResp 1.281.594/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 15.05.2019, DJe 23.05.2019). 3. De outro lado, a tese da prescrição trienal firmada nos Recursos Especiais 1.361.182/RS e 1.360.969/RS (ambos julgados sob o rito dos repetitivos) não abrange toda e qualquer pretensão deduzida em decorrência de planos privados de assistência à saúde, mas tão somente àquelas referentes à nulidade de cláusula contratual com a consequente repetição do indébito, que foram traduzidas como pretensões de ressarcimento de enriquecimento sem causa (artigo 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil de 2002). 4. Recurso especial não provido.” (REsp n. 1.756.283/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 11/3/2020, DJe de 3/6/2020)

5 O DIREITO AO REEMBOLSO DE ACORDO COM A TABELA DE PROCEDIMENTOS DO PLANO OU SEGURO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

De acordo com a jurisprudência do STJ, o direito excepcional ao

reembolso das despesas realizadas diretamente pelo consumidor perante prestador de serviços de saúde não integrante da rede credenciada, contratada ou referenciada será apenas parcial – de acordo com a tabela de preços do respectivo plano – quando decorrer de **escolha** ou **opção do consumidor**.

Numa decisão monocrática, a Ministra NANCY ANDRIGHI (no REsp 2.138.986/PR) apresentou a seguinte fundamentação:

“[...] o autor optou, à livre escolha e in casu por conta própria, pela realização da cirurgia em local não credenciado, notadamente de referência nacional, e com médico não cooperado, de modo que deve assumir a responsabilidade com os gastos atinentes ao procedimento, não havendo como obrigar a operadora de saúde a efetuar o pagamento integral das despesas médicas que o autor suportou particularmente com o seu tratamento, se oferecia a possibilidade de fazê-lo em nosocômio credenciado.

Por outro lado, a fim de que não haja locupletamento indevido, a jurisprudência vem se posicionando no sentido de que o beneficiário que optar pela realização de tratamento médico em nosocômio não credenciado ou por profissional não conveniado, à sua livre escolha, tem o direito a cobertura das despesas efetuadas de acordo com os valores de tabela praticados pelo plano de saúde, em observância aos princípios da razoabilidade, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.”

De fato, a escolha do hospital e dos profissionais afasta o direito ao reembolso integral, salvo se expressamente previsto no contrato, na medida em que a contratação pressupõe, em regra, a existência de uma rede própria ou credenciada apta a prestar atendimento ao usuário, e a escolha ou opção do consumidor por esse ou aquele profissional ou estabelecimento não credenciado importa em inadimplemento contratual, com inegável ofensa ao princípio da boa-fé objetiva e deveres anexos.

Nesses casos – de opção ou escolha do consumidor – o reembolso deve ocorrer nos limites do contrato, ou seja, de acordo com a tabela de preços respectiva, que era exatamente o valor que dispenderia o fornecedor para prestar os serviços de assistência à saúde na rede credenciada.

Confira-se os alguns precedentes jurisprudenciais do STJ que reconhecem o direito ao reembolso parcial:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - PLANO DE SAÚDE - NEGATIVA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE COLOCAÇÃO DE MARCA-PASSO - TRATAMENTO DE URGÊNCIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECLAMO DA OPERADORA PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS NA INICIAL - INSURGÊNCIA DO AUTOR - AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. Depreende-se dos autos que: a) o procedimento cirúrgico de colocação de marcapasso era considerado imprescindível para o tratamento da enfermidade

acometida pelo autor; b) a cirurgia era de ser realizada com urgência, pois a manutenção do quadro decorrente das arritmias acarretava risco à vida do paciente; e, c) a negativa de cobertura foi considerada indevida.

2. As alegações da parte ré, nas razões do recurso especial, segundo as quais o tratamento, supostamente sem conformidade técnica, teria sido realizado em rede não credenciada e fora da área de abrangência, bem ainda que o procedimento de colocação do marcapasso não estaria coberto diante de cláusula contratual expressa, refogem aos limites da moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, constituindo indevida inovação recursal.

2.1 Tais teses desbordam do objeto da análise a ser realizada por esta Corte Superior, pois, para tanto, seria necessário se imiscuir no quadro fático ensejador do conflito entre as partes, e, também, averiguar o conteúdo de cláusulas contratuais, mecanismos que a um só tempo ensejam inegável supressão de instância e violam os ditames das Súmulas 5 e 7/STJ.

3. Consoante entendimento sedimentado no STJ, o reembolso das despesas médico-hospitalares efetuadas pelo beneficiário fora da rede credenciada somente pode ser admitido em hipóteses excepcionais, que compreendam a inexistência ou insuficiência de serviço credenciado no local - por falta de oferta ou em razão de recusa indevida de cobertura do tratamento -, bem como urgência ou emergência do procedimento, observadas as obrigações contratuais e excluídos os valores que excederem a tabela de preços praticados no respectivo produto.

3.1 No caso concreto, além de se presumir que a enfermidade estava coberta pelo plano de saúde, pois a matéria sequer fora debatida na origem, o procedimento cirúrgico em questão se revestia de urgência/emergência, tendo a operadora negado o tratamento da enfermidade (recusa indevida), razão pela qual é cabível o reembolso pleiteado, no limite da tabela de preços do plano, excluídas as despesas que refogem à cobertura contratual, tais como referentes a hospedagem, transporte e alimentação.

4. O dano moral inicialmente fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) foi reduzido pela Corte local para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ante a recusa sistemática e indevida do plano de saúde no custeio e liberação do tratamento cirúrgico necessário à manutenção da vida do paciente, portanto, com caráter de urgência/emergência. Tal montante é condizente com o abalo sofrido pelo autor e encontra-se nos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

4.1 Para modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado e concluir estar exagerado o quantum indenizatório como quer a operadora do plano de saúde, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula nº 7 do STJ).

5. Agravo interno provido para conhecer em parte do recurso especial da operadora do plano de saúde e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, mantendo a determinação das instâncias ordinárias quanto ao dever de reembolsar as despesas médico-hospitalares realizadas pelo autor, excluídos os valores que excederem os preços de tabela do plano, bem como os custos com hospedagem, transporte e alimentação, conforme contrato estabelecido entre as partes.”

(AgInt no REsp n. 1.933.552/ES, relator Ministro Luis Felipe Salomão, relator para acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 25/5/2022.)

“AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. DESPESAS EFETUADAS PELO BENEFICIÁRIO. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. ATENDIMENTO EM REDE NÃO CREDENCIADA. REEMBOLSO DE VALORES. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES PREVISTOS NO CONTRATO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte, à luz do disposto no art. 12, VI, da Lei n. 9.656/1998, assevera que o reembolso de despesas médico-hospitalares

realizadas pelo beneficiário do plano de saúde, com internação em estabelecimento não conveniado, em casos excepcionais (situação de urgência ou emergência, inexistência de estabelecimento credenciado no local e/ou impossibilidade de utilização dos serviços próprios da operadora em razão de recusa injustificada), deve ser limitado aos preços e tabelas efetivamente contratados com a operadora de saúde.

2. No caso, o entendimento adotado pelo acórdão recorrido não está ajustado às orientações estabelecidas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo de rigor a sua reforma, a fim de limitar o valor do reembolso aos preços e tabelas efetivamente contratados com a operadora do plano de saúde.

3. Agravo interno desprovido.”

(AgInt nos EDcl no REsp n. 2.086.899/MA, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/9/2024, DJe de 18/9/2024)

“CONSUMIDOR. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. HONORÁRIOS DE MÉDICO NÃO CREDENCIADO. URGÊNCIA CONFIGURADA. REEMBOLSO INTEGRAL. INVIABILIDADE. LIMITAÇÃO À TABELA CONTRATADA. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A colenda Segunda Seção firmou o entendimento de que 'o reembolso das despesas médico-hospitalares efetuadas pelo beneficiário com tratamento/atendimento de saúde fora da rede credenciada pode ser admitido somente em hipóteses excepcionais, tais como a inexistência ou insuficiência de estabelecimento ou profissional credenciado no local e urgência ou emergência do procedimento' (EAREsp 1.459.849/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. em 14/10/2020, DJe de 17/12/2020).

2. Nos casos em que não seja possível a utilização dos serviços médicos próprios, credenciados ou conveniados, a operadora de assistência à saúde deve responsabilizar-se pelo custeio das despesas médicas realizadas pelo segurado, mediante reembolso. O reembolso, porém, é limitado aos preços da tabela efetivamente contratada com a operadora de saúde, à luz do art. 12, VI, da Lei 9.656/98, sendo, portanto, lícita a cláusula contratual que prevê tal restrição, que conta com expressa previsão legal. Precedentes.

3. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial.”

(AgInt no AREsp n. 2.559.193/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 1/7/2024, DJe de 2/8/2024)

“AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. REGULARIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. REEMBOLSO DAS DESPESAS MÉDICAS. ART. 12, VI, LEI 9.656/98. PARCIAL E APENAS NAS HIPÓTESES DE IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DA REDE CREDENCIADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não se evidencia violação ao princípio da colegialidade, uma vez que as conclusões adotadas na decisão monocrática estão em conformidade com a jurisprudência do STJ sobre o tema. Ademais, fica assegurada a possibilidade de exame da matéria pelo colegiado por meio da interposição do presente agravo interno.

2. Nos termos do artigo 12, inciso VI, da Lei 9.656/98, o reembolso das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde somente é admitido em casos excepcionais (situação de urgência ou emergência, inexistência de estabelecimento credenciado no local e/ou impossibilidade de utilização dos serviços próprios da operadora em razão de recusa injustificada, entre outros), e nos limites da relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto.

3. Agravo interno a que se nega provimento.”

(AgInt no REsp n. 2.037.124/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti,

Quarta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 14/9/2023)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO EM REDE NÃO CREDENCIADA. REEMBOLSO PARCIAL DE DESPESAS. LIMITES DA TABELA PRATICADA PELO PLANO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 568 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016)

serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. É firme o entendimento de que, nos termos do artigo 12, inciso VI, da Lei nº 9.656/98, o reembolso das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde somente é admitido em casos excepcionais e nos limites da relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto. Precedentes.

3. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.

4. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp n. 1.680.403/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 28/9/2020, DJe de 1/10/2020)

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. PLANO DE SAÚDE. HOSPITAL NÃO CREDENCIADO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. REEMBOLSO PARCIAL DE DESPESAS. LIMITES DA TABELA PRATICADA PELO PLANO. REVALORAÇÃO JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DOS ÓBICES PREVISTOS NAS SÚMULAS 5 E 7, DO STJ.

1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada.

2. Em que pese ser devido o atendimento em entidade não credenciada ou referenciada pela operadora de saúde, é lícita a cláusula que limita o reembolso à tabela da prestadora de assistência à saúde, nos termos do artigo 12, VI, da Lei 9.656/98. Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência já consolidada desta Corte, a análise do recurso especial não esbarra nos óbices previstos nas Súmulas 5 e 7, do STJ, quando se exige somente o reenquadramento jurídico das circunstâncias de fato e cláusulas contratuais expressamente descritos no acórdão recorrido.

4. Agravo interno a que se nega provimento.”

(AgInt no AREsp n. 1.338.267/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 21/5/2019, DJe de 28/5/2019)

Merece destaque que alguns desses precedentes revelam certa incoerência quando reconhecem o direito ao reembolso parcial, de acordo com a tabela de preços do plano contratado, mesmo na hipótese de inadimplemento ou falha na prestação de serviços por parte do fornecedor, a exemplo de inexistência ou insuficiência do serviço na área geográfica de abrangência, ou de negativa indevida de cobertura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que foi exposto, conclui-se que no contrato de serviços de assistência à saúde a **regra geral** – e o que legitimamente se espera – é o cumprimento do contrato, com a prestação dos serviços ao consumidor por meio da rede própria, credenciada, contratada ou referenciada pelo prestador.

O reembolso das despesas realizadas diretamente pelo consumidor perante profissional ou estabelecimento de saúde não credenciado representa **direito residual** ou **excepcional** – de **natureza reparatória (indenização material)** –, cogitável apenas **na hipótese de inadimplemento do contrato** por um ou outro contratante.

Num último apontamento, espera-se que o direito ao reembolso no sistema de Saúde Suplementar brasileiro seja apenas uma possibilidade de excepcional exercício, diante da sua **característica de direito residual** a partir da inadimplência do contrato de assistência à saúde – ou incumprimento, como preferem os juristas portugueses –, na medida em que na relação contratual é exigível de ambos os contratantes a escrupulosa observância dos princípios da boa-fé objetiva e deveres anexos e da proteção da confiança.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. Igualdade e processo: Posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015. Disponível em: <https://www.rt.com.br>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Enunciado nº 170 do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/enunciados>.

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm.

BRASIL. Resolução Normativa ANS nº 566, de 29 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-n-566-de-29-de-dezembro-de-2022-416283466>.

BRASIL. STF (Supremo Tribunal Federal). RE 271286. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt no AREsp n. 1.338.267/DF. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt no AREsp n. 1.680.403/SP. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt no AREsp n. 2.461.816/GO. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt no AREsp n. 2.503.886/RJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt no AREsp n. 2.529.208/SP. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt no AgInt no AREsp n. 2.456.523/SP. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt no REsp n. 1.896.776/SP. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt no REsp n. 1.933.552/ES. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt no REsp n. 1.959.248/SP. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt no REsp n. 2.037.124/SP. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt no REsp n. 2.108.594/SP. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). AgInt nos EDcl no REsp n. 2.086.899/MA. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). EAREsp n. 1.459.849/ES. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). REsp n. 1.756.283/SP. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

[ps://www.stj.jus.br/](https://www.stj.jus.br/).

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). REsp n. 1.840.515/CE. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). REsp n. 2.031.301/SP. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). REsp n. 2.138.986/PR. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). REsp n. 2.140.050/PR. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). SÚMULA n. 608. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

DIAS DA SILVA, Ricardo Augusto. **Os sistemas de saúde brasileiro e português: o que nos aproxima e nos distancia além do Atlântico**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/>.

DRESCH, Renato Luís; CASTRO BICALHO, Fábila Madureira de. (coord.). **Manual de direito à saúde: normatização e judicialização** / Comitê Executivo da Saúde de Minas Gerais. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. Disponível em: <https://www.editoradelrey.com.br/>.

REGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2007. Disponível em: <https://www.rt.com.br/>.

ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. **Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 6ª ed. Editora Jus Podivm. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/>.

VIANNA, Geraldo Luiz. **Judicialização da saúde suplementar: a concepção do direito como integridade contra a discricionariedade judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. Disponível em: <https://www.editoradelrey.com.br/>.

PORTUGAL. Lei de Bases da Saúde, Lei nº 48/90 (Base XXXIV). Disponível em: <https://www.dre.pt/>.

PRESTAÇÕES AOS CUIDADOS DE SAÚDE PRIVADOS: ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA DELIMITAÇÃO POSITIVA E NEGATIVA AOS CONSUMIDORES EM PORTUGAL E NO BRASIL

BENEFITS TO PRIVATE HEALTH CARE: LEGAL FRAMEWORK OF POSITIVE AND NEGATIVE DELIMITATION FOR USERS IN PORTUGAL AND BRAZIL

Marlus Riani¹

INTRODUÇÃO

A palavra saúde possui um vasto campo de abrangência. Luís Meneses do Vale² esclarece que o significado da saúde tem confluência de três fontes latinas: i) *salus* – conservação e integridade de si; ii) *sanitas* – comportamento saudável e iii) *salubritas* – medidas sanitárias.

Entretanto, é na área científica do Direito³ que se faz indispensável demarcar o escopo em torno do significado da saúde, no intuito de centralizar o problema a ser enfrentado a posteriori, deste bem jusfundamental, positivado em diversos diplomas legais internacionais e nacionais.

De arrancada destaca a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que completou 75 (setenta e cinco) anos em 2023, a qual consagra no artigo 25º: “1. Toda a pessoa tem direito

¹ Doutor em Direito Civil pela Universidade de Coimbra/PT. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos/MG. Advogado e Professor Universitário.

² VALE, Luís António Malheiro Meneses do. O direito à saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35º da CDFUE. Revista Nascer e crescer/Hospital de Crianças Maria Pia. vol. 20. Porto: Hospital de Crianças Maria Pia, 2011, p. 278. Para o Autor a noção de saúde é “extensa, intensa e multimodamente co-essencial ao próprio homem, compreende-se que a saúde se confunda mesmo com um certo ideal de plenitude, perfeição e Eudaimonia individual, e por extrapolação, de bem-estar social, e que, consequentemente, se evidencie e manifeste por regra em termos negativos ou problemáticos,”. Adiante arremata, sobre o direito à saúde como direito social, posicionando como “jussubjectiva activa substancial de vantagem das pessoas perante a sociedade – direito em sentido amplo – tendo por conteúdo a provisão de serviços e produtos de saúde com carácter essencial de que comprovadamente necessitem, (...) depois reconhecidas pretensões jurídicas de vinculatividade graduada, em função da sua necessidade e da importância dos cuidados, à obtenção de outros produtos e serviços.” Idem, p. 279 e 281.

³ João Loureiro ao iniciar sua resposta sobre “Qual é, então, o objeto da proteção jurídica: a saúde ou doença?”, aponta: “o direito protege bens e não males jurídicos. A saúde é o bem que o direito, enquanto sistema de (im)possibilidades, conforma, tutela e promove, visando garantir, em temas materialmente paritários, a convivência humana.”. LOUREIRO, João Carlos. Aegrotationis Medicinam Ab Iure Peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito. Cadernos de Bioética. Ano XI, nº 25. Coimbra: Centro de Estudo de Bioética, (abril 2001), p. 30-31.

a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto (...) à assistência médica (...). 2 – A maternidade (...) têm direito a ajuda e a assistência especiais.”.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1948, diga-se, logo após a lamentável Segunda Guerra Mundial, idealizou à saúde como completo “bem-estar”⁴, pois buscava-se, naquele momento, a reconstrução das moradias, das próprias cidades e das famílias, por terem sido brutalmente vilipendiadas, sendo essa visão criticada por muitos como uma utopia⁵. Porém, o conceito atual, pontualmente modificado, pela Organização Mundial de Saúde, continua com a mesma diretriz, a saber: “A saúde é um estado dinâmico de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”⁶.

⁴ “o Estado de Bem-Estar Social é uma tendência, não é uma realidade no mundo; sua forma típica é a criação de novos direitos (...) são direitos muitos diferentes dos direitos tradicionais, pois exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação, mais exigem uma realidade para se realizarem. É essa a dificuldade dos direitos sociais; necessitam de uma atividade. O que o grande filósofo italiano do direito contemporâneo, Norberto Bobbio, chama de Estado promocional. Exigem uma atividade, uma promoção do Estado, para serem realizados.” CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. vol. 35. Porto Alegre: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1995, p. 51.

⁵ Essa assertiva é confirmada por João Carlos Loureiro que diz: “Na gênese da Organização Mundial de Saúde, em 1948, alguns descortinaram utopia na noção abrangente de saúde subscrita”. LOUREIRO, João Carlos. Em jeito de nota de apresentação. In: Responsabilidade em saúde pública no mundo lusófono fazendo justiça durante e além da emergência da Covid. Coimbra: Instituto Jurídico [Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra], 2021, p. xiii. No mesmo sentido, Pedro Laín Entralgo entende que se trata de “formulação de uma falsidade e proclamação de uma utopia.” ENTRALGO, Pedro Laín. Antropologia médica para clínicos. Barcelona: Salvat Editores, 1984, p. 118.

⁶ Resolução EB101.R2, do Conselho Executivo da OMS, em 22.01.1998. Para a Professora Sueli Dallari o conceito trazido pela OMS traduz no “reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels”. DALLARI, Sueli Gandoffi. O conteúdo do direito à saúde. In: O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde. / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.](organizadores) – Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 94. Para João Carlos Loureiro “sua gênese e afirmação encontra-se um contexto marcado pelo utilitarismo, pela crença nas possibilidades do Estado Social, pela ideia que, depois das provações da guerra, caminhar-se-ia para uma sociedade da abundância e bem-estar.” LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 657.

Dentre outros normativos⁷, impõe-se avultar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸, especialmente no seu artigo 12º (Saúde), que dispõe: “§ 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.”. Para tanto, os Estados-partes deverão adotar as seguintes medidas: “1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. 4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.”.

Percebe-se o dilatado alcance que se exige para a melhor concretização da saúde. Sueli Dallari adverte que “os trabalhadores sanitários a questionaram, afirmando que ela corresponde à definição da felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar e que, além disso, ela não é operacional.”⁹. Como bem resume João Carlos Loureiro, o “direito à saúde – uma expressão que está longe de ser pacífica”¹⁰.

No decorrer das últimas décadas, verificou-se o crescimento tecnológico vertiginoso, como novos aparelhos¹¹ de diagnóstico e imagem, estudos genéticos, técnicas cirúrgicas menos invasivas, medicação em pílulas (algumas vendidas até de forma “milagrosas”), ampliação da fabricação de próteses, órteses e materiais especiais, fatores que

⁷ Cronologicamente, destacam-se, alguns diplomas internacionais, que versam sobre o tema “saúde”, a saber: i) 1961- Carta Social Europeia (revista em 1996); ii) 1975 – Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e para o Benefício da Humanidade e a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência; iii) 1978 – Declaração de Alma Ata sobre Cuidados de Saúde Primários; iv) 1981 -Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; v) 1988 – Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; vi) 1991 – Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e a Melhoria dos Cuidados de Saúde Mental e Princípios das Nações Unidas para os Idosos; vii) 1992 – Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD); viii) 1993 – Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres; ix) 1994 – Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD); x) 1995 – Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres; xii) 1997 – Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO); xiii) 1998 – Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos; xiv) 2000 – Comentário Geral nº 14 do Comité das NU dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre o direito à saúde; xv) 2001 – Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública; xvi) 2002 – Cimeira Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável; xvii) 2002 – Relatório Especial para o direito de todos à satisfação do mais alto padrão atingível de saúde mental e física; xviii) 2003 – Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (UNESCO); xix) 2006 – Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e x) 2008 – Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

⁸ Adaptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966, com entrada em vigor em 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com seu artigo 27, sendo que Portugal (Aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11/07) e Brasil (Decreto Federal nº 591/1992).

⁹ DALLARI, Sueli Gandoffi, op. cit., p. 94.

¹⁰ LOUREIRO, João Carlos, op. cit., p. 666

¹¹ Confira o texto: CUNHA, Carolina. O doente sem horário: breve anatomia dos problemas jurídicos suscitados pelas aplicações móveis na área da saúde. Estudos de Direito do Consumidor. vol. 16. p. 43-56. Coimbra: Instituto Jurídico/Centro de Estudos do Consumo, 2018.

impactam diretamente no custo dos cuidados de saúde. Aliado a isso, o ser humano, de modo global, tem vivido por mais tempo e está sempre em busca de viver cada vez mais, para tanto, se submete a diversos tratamentos para satisfazer suas necessidades materiais e ambiciosas, haja vista o aparecimento dos mais variados bens de consumo na área do “completo bem-estar” à saúde.

O direito aos cuidados/à assistência de saúde está inserido na Constituição da República dos dois países como integrante dos direitos fundamentais, e de elevado apelo social, desafiando os intérpretes da lei na consecução para sua devida realização material – dever de prestação -, sem ofensa, direta ou indireta, a outros direitos fundamentais.

Especialmente, no caso do Brasil, ao pesquisar sobre ações judiciais ingressadas no Poder Judiciário, depara-se com uma variedade infindável de pedidos, pleiteando obrigação de dar ou de fazer, que buscam espelhar o “direito de assistência à saúde”¹², tais como, medicamentos, internações hospitalares, próteses, órteses, materiais especiais para atos cirúrgicos, alimentação especial (nutrição parenteral ou enteral), exames, terapias (fonoaudiologia, psicoterapia), fraldas geriátricas, transporte para o paciente e, até, pagamento de energia elétrica, quando há instalação de equipamentos respiratórios, por exemplo, na unidade residencial do consumidor.

Em virtude destes inúmeros pedidos de tutela jurisdicional, consagrou-se no Brasil a denominada “judicialização da saúde”¹³. Em Portugal não se constatou nenhum montante expressivo de demandas judiciais, arbitrais ou administrativas sobre os “direitos aos cuidados de saúde”, seja contra o Poder Público ou contra a iniciativa privada. Tal situação de contrariedade entre os dois países suscitou à investigação.

Neste vasto campo evidenciado alhures do gênero saúde, interessa apontar o enquadramento jurídico da delimitação das prestações aos cuidados de saúde, que visam permitir a concretização do merecimento de tutela ao consumidor na sua pretensão perante os fornecedores de serviços de saúde na garantia do tratamento das doenças, evitando gerar expectativa potencializada sobre a sua legítima delimitação positiva e, conseqüentemente, reclamações ou demandas judiciais.

¹² Ao se referir ao Brasil, será utilizada a expressão “direito de assistência à saúde”, em virtude que dispõe desta forma a lei especial de planos e seguros de saúde (Lei nº 9.656/98).

¹³ “O termo judicialização tem sido utilizado para identificar duas situações diferentes. Existe, em primeiro lugar, uma judicialização quantitativa. Nesse sentido, a expressão judicialização da vida se refere a uma certa explosão de litigiosidade no país, que se manifesta na existência de um número espantoso de ações judiciais em curso. [...] Fenômeno diverso é a judicialização qualitativa. A expressão designa o fato de que boa parte das grandes questões nacionais – políticas, econômicas, sociais e éticas – passaram a ter o seu último capítulo perante os tribunais.” BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22-23.

Em Portugal são quase 3 milhões de segurados e no Brasil mais de 50 milhões de beneficiários que são afetados nesta relação jurídica de consumo.

1 DEVER DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR PELO ESTADO

Consta do texto constitucional português que um sujeito específico, o consumidor, tem, dentre outros, o direito “à proteção da saúde”. Em que pese constar a mesma expressão prevista no artigo 64º, não há dúvida que devem ser tratadas de formas diferentes, pois nesta envolve, também, a relação jurídica com a iniciativa privada. O busílis da questão está em saber: qual o papel a ser desempenhado pelo Estado para garantir esse direito ao consumidor?

Incumbe ao Estado, para proporcionar a proteção ao consumidor do vasto rol de direitos previstos no artigo 60º da Constituição portuguesa, elaborar leis especiais¹⁴ e regulamentos adequados, criar órgãos específicos ou entidades regulatórias que harmonizem os interesses dos consumidores e dos agentes econômicos, bem como apoiar a criação e funcionamento das associações de consumidores e das cooperativas de consumo¹⁵.

Como alerta Jorge Miranda cabe ao Estado o dever de proteção¹⁶, e essa proteção destina-se ao sujeito de direitos compreendido como a parte mais fraca da relação jurídica de consumo.

Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam que o dispositivo constitucional legitima¹⁷ o Estado implementar medidas perante as atividades econômicas desenvolvidas pelos fornecedores de bens e serviços, no intuito de concretizar os direitos dos consumidores. Ao explicarem sobre a “proteção da saúde” apontam para a tutela do consumidor por meio de regulações dos alimentos, dos fármacos, cosméticos, e alertam sobre advertência dos produtos lesivos ou perigosos, além da necessidade de informação qualificada que o uso pode ocasionar nos consumidores.

¹⁴ Consta da Carta dos Fundamentais da União Europeia: “Artigo 38º. Defesa dos consumidores. As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.”. Jornal Oficial da União Europeia, C 202/400, 7.6.2016

¹⁵ O artigo 1º da Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96) estabelece essa incumbência ao Estado como sendo “Dever geral de proteção”.

¹⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2ª ed., rev. act. e ampl. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal (Coimbra Editora), 2005, p. 1173.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa: anotada. 4ª ed. rev., reimp. Coimbra: Editora, Coimbra, 2014, p. 780-781.

A Resolução do Conselho de Ministros, de 14 de abril de 1975¹⁸, contemplava essa conotação, prevendo que os bens e serviços utilizados em condições normais e previsíveis não poderiam acarretar perigo à saúde, segurança, gerar qualquer dano corporal, e caso apresentassem, deveriam ser retirados imediatamente do mercado de consumo. Além disso, que os gêneros alimentícios não poderiam sofrer alterações ou contaminações das embalagens, imposição de regulamentação clara sobre substâncias ou preparados a serem adicionados nos produtos alimentares, bem como as máquinas, os aparelhos e equipamentos eletroeletrônicos não poderiam afetar à saúde do consumidor.

No contexto da relação jurídica de consumo envolvendo os contratos de seguro de saúde, a proteção do Estado português, em regra, se concretiza com as atividades desenvolvidas pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) e pela Direção Geral do Consumidor, pois, apesar do permissivo constitucional à livre iniciativa a atuação do segurador tem que ser fiscalizada e controlada para evitar abusos e proporcionar a efetivação da prestação dos cuidados de saúde.

Tem-se que o segurador que oferece esse tipo contratual, *grosso modo*, assume o dever de garantir que o consumidor terá um atendimento digno e de qualidade em toda a rede de estabelecimentos de saúde por ele conveniada, que a *leges artis* e a *animus curandi* serão devidamente empregadas em conformidade com a literatura médica científica atualizada, com o devido pagamento das despesas geradas, tudo no intuito que não haja qualquer agravamento ao seu estado clínico em virtude das prestações convencionadas.

Com efeito, eventual violação à “proteção da saúde” que consistir na falta da observância do dever originário do segurador em garantir a finalidade precípua deste contrato pode-se entender como ofensa ao direito fundamental do consumidor, a qual deve ser tratada no âmbito das legislações infraconstitucionais, tais como, o Código Civil, especialmente o seu artigo 335º, a Lei de Defesa do Consumidor, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, o Regime Jurídico dos Contratos de Seguros, diplomas jurídicos que servirão de supedâneo ao julgador para analisar a licitude ou ilicitude da delimitação das prestações aos cuidados de saúde.

Em uma nota, não coaduno com a tese jurídica de aplicação direta do texto constitucional, baseado no “direito à proteção da saúde” ou no princípio da dignidade da pessoa humana, quando se instala o pedido de tutela jurisdicional ao consumidor nos casos em que o

¹⁸ Revalidada pela Resolução do Conselho de 19 de maio de 1981. Para mais detalhes: FROTA, Mário. Direito à saúde e os consumidores. (Comunicação apresentada no dia 26 de novembro de 1988, no Seminário promovido pelo UGT, Departamento de Consumidores, no Hotel Berna) e publicada na Tribuna da Justiça. nº 3. Lisboa: abr./maio de 1990. Consulte, também, o Decreto-Lei nº 383/89, 06 de novembro sobre responsabilidade do produtor.

segurador não autoriza os cuidados de saúde por existir cláusula delimitadora negativa da prestação aos cuidados de saúde. A doutrina esclarece existir direitos, liberdades e garantias “procedimentalmente dependentes de actos legislativos concretizadores”^{19 20}.

Em que pese no contexto atual dos seguros de saúde, não existir nenhuma legislação especial portuguesa que imponha a modelação obrigatória de oferta dos cuidados de saúde pelo segurador, fato que lhe permite uma extensa liberdade contratual²¹ para criação das cláusulas contratuais gerais, não justifica aplicar diretamente o direito fundamental à proteção da saúde ou princípio da dignidade da pessoa humana.

A posição dominante do segurador é evidente, ao conhecer todas as circunstâncias do mercado e dos cuidados de saúde convencionados e ofertados ao consumidor, por meio de um contrato inegociável, ou seja, de adesão.

Assenta-se compreender se essa posição do segurador alcança o mesmo *status* de “*poder especial*”, característico, v.g., de uma empresa privada que detém a concessão de serviço público no regime de monopólio, a qual acaba por ser investida como “sujeito passivo” das prestações positivas exigíveis pelo particular.

O Estado permite a iniciativa privada econômica no mercado de seguros de saúde, ao reconhecer não ser possível atender a expectativa de todos, contudo, atua na regulação, com a autorização de funcionamento, fiscalização da perenidade do mercado e dever de proteção do consumidor, bem como na regulamentação de legislações que visam garantir a plena realização do negócio jurídico.

A pessoa coletiva ao exercer a autonomia privada de empreender no ramo de seguro de saúde não deve ser “equiparada” ao Estado, pois o consumidor, dentro da sua liberdade de contratar, pode escolher com qual particular quer se vincular, entre os seguradores devidamente autorizados pelo Estado. Em que pese toda a sua incapacidade de alcance dos efeitos das cláusulas, é dever jurídico do segurador prestar as informações e os esclarecimentos, sob pena de nulidade das cláusulas e consequentemente o dever de indenização.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., 16ª reimpr. (Manuais universitários). Coimbra: Almedina, 2016, p. 99.

²⁰ Canaris propõe três questões: “Primeira: quem é destinatário dos direitos fundamentais – apenas o Estado e os seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? Segunda: o objecto do controlo segundo os direitos fundamentais é o comportamento de quem – o comportamento de um órgão do Estado, ou de um sujeito de direito privado? Terceira: em que função são aplicados os direitos fundamentais – como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela?”. CANARIS, Claus-Wilhelm, Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª ed. reimp. da edição de jul/2003. Coimbra: Almedina, 2009, p. 52.

²¹ Cf. Menezes Leitão: “A liberdade contratual é a parte mais importante da autonomia privada, enquanto princípio fundamental do Direito das Obrigações.”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações. vol. I – Introdução. Da Constituição das Obrigações. 14.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 24.

Com o advento da Constituição da República brasileira, no ano de 1988, restou previsto em seu artigo 5º, inciso XXXII, “que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Fato reforçado no artigo 48²² do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como mandamento ao Poder Legislativo de elaborar o código de defesa do consumidor²³.

Diferentemente da Constituição Portuguesa, o constituinte brasileiro positivou de forma genérica atribuição ao Estado (executivo, legislativo e judiciário) na defesa do consumidor, tendo como parâmetro as legislações a serem promulgadas. A principal é o conhecido Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/90), com *vacatio legis* de cento e oitenta dias, a contar da publicação (art. 118), entrou em vigor em março de 1991.

Com efeito, não há dúvida do dever primordial e imperativo do Estado na defesa do consumidor, cabendo cada poder, dentro dos limites das suas funções governamentais, estabelecer regramentos jurídicos que permitam a efetivação do comando constitucional.

Passa-se à diante a expor o enquadramento jurídico, ora existente nos dois países.

2 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA DELIMITAÇÃO POSITIVA OU NEGATIVA DAS PRESTAÇÕES

As constituições portuguesa e brasileira permitem a exploração da atividade econômica de serviços aos cuidados de saúde pela iniciativa privada, não sendo monopólio do Estado.

Todavia, o Estado *latu sensu* se encontra presente para autorizar o funcionamento desta atividade, fiscalizar se os serviços estão sendo prestados a contento aos consumidores, promulgar leis e normativos que assegurem os direitos e deveres dos participantes desta relação jurídica, além atuar dirimindo os conflitos gerados, judicialmente ou extrajudicialmente.

Nessa senda, o propósito é evidenciar os regramentos jurídicos dos dois países, no intuito de analisar se atendem, ao fim e ao cabo, a proteção do consumidor quanto a delimitação das prestações aos cuidados de saúde.

²² “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”.

²³ Cláudia Lima Marques destaca a importância do direito do consumidor ter sido introduzido no Brasil pela via originária constitucional, enfatizando que: Em resumo, certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. A Constituição seria a *garantia* e o *limite* de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor.” BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

2.1 PORTUGAL

A contratação de seguros privados de saúde visa a não dependência ao Serviços Nacional de Saúde (SNS). O objeto a discorrer diz respeito as empresas que ofertam seguros de saúde, individual ou por grupo, enquadrado no ramo <<Não vida>>, com a terminologia de <<Doença>>, nas modalidades: a) prestações convencionadas (com contribuição mensal do tomador ou da pessoa segura com liberdade para optar pela rede conveniada constante de um guia de profissionais e estabelecimentos de saúde); b) prestações indenizatórias (reembolso – segurador indeniza a pessoa segura numa parte das despesas de saúde suportadas por ele, mediante apresentação de comprovantes) e c) combinações de ambas (misto)²⁴.

Identificou-se 37 (trinta e sete) autorizações para seguradoras junto à ASF, sendo que somente 04 (quatro) possuem autorização específica para <<não vida>> – <<doença>>, sendo duas de Portugal (Multicare e Planicare), uma com país sede em Luxemburgo (AIG Europe) e a última sediada na Espanha (ASISA)²²⁹, porém, ambas com sucursais em Portugal.

O Decreto-Lei n.º 72/2008 é norma jurídica especial portuguesa vigente que versa sobre seguros²⁵. Especificamente, o seguro de saúde é tratado no Anexo do referido diploma legal, nos artigos 213º a 217º²⁶, compreendo aquele em que “o segurador cobre riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde”²⁷. No artigo 214º é enfático que esses riscos são aqueles

²⁴ Cumpre esclarecer que tem surgido no mercado de cuidados de saúde português alguns produtos denominados de cartão de saúde ou plano de saúde, que não podem ser confundidos com o seguro de saúde, pois não há risco para a empresa, o *modus operandi* é o pagamento de taxa mensal que permite o consumidor aceder a um conjunto de serviços de saúde, geralmente mais básicos, como consultas médicas, consultas com psicólogos, fisioterapia, exames de laboratório, RX, dentro de uma rede de prestadores referenciada pela empresa, obtendo descontos, ao invés de arcar com os custos do montante integral como ocorre no serviço de saúde privado.

²⁵ “Artigo 1.º Conteúdo típico por efeito do contrato de seguro, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando -se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga -se a pagar o prémio correspondente.”. Diário da República, 1.ª série — N.º 75 — 16 de Abril de 2008, p. 2233. Margarida Lima Rego afirma que “num contrato de seguro, objecto não é o interesse protegido pela cobertura mas sim a própria cobertura, ou seja o estado de vinculação que traduz numa possibilidade de constituição da obrigação de pagar a indenização.” REGO, Margarida Lima. Contratos de Seguro e Terceiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 348.

²⁶ Importante notar que não se pode entender que o contexto jurídico do contrato de adesão de seguro de saúde se resume aos artigos 213º a 217º, portanto, as disposições contidas no Regime Jurídico do Contrato de Seguro (RJCS), naquilo que se determina sua aplicabilidade, sustentam o todo desta modalidade de seguro.

²⁷ Nas palavras de José Miguel Boquinhas: “Em Portugal, só alguns anos após a revolução de abril foram autorizados os seguros privados de saúde. O Estatuto do Serviço Nacional de Saúde passou a prever expressamente em seu art. 24º um seguro alternativo de saúde que foi estudado durante meses, até como forma possível de *opting-out*, mas que não viria a ter seguimento, tendo morrido essa hipótese logo à nascença. Devido à existência de um Serviço Nacional de Saúde com características de universalidade e generalidade, o espaço para os cidadãos aderirem a um seguro privado é relativamente limitado, resumindo-se a coberturas complementares.” BOQUINHAS, José Miguel. Políticas e sistemas de saúde. Coimbra: Almedina, 2012, p.107.

das “prestações convencionadas”, portanto, atraí para esfera da autonomia privada do segurador na modulação do clausulado.

Com efeito, mesmo com o Regime Especial dos Contratos de Seguro, é de destacar o regime geral contido no artigo 405º do Código Civil, haja vista que conforme preceitua a exposição de motivos RJCS declara “a reafirmação da autonomia privada como princípio diretor do contrato”. Entretanto, não de maneira absoluta, mas articulada com as normas de ordem pública e de defesa do consumidor²⁸.

Ainda no regime geral destaca-se o artigo 236º do Código Civil, mais detidamente no n.º 1, sobre a teoria da impressão do destinatário²⁹, alertando-se para uma interpretação mais exigente nos contratos de consumo, devido à complexidade natural do entendimento por parte do consumidor³⁰.

Ressalte-se, também, no preâmbulo da legislação especial a manifestação de que “no seguro de saúde, estabelece-se a obrigatoriedade de menções especiais na apólice, de molde a permitir a determinação rigorosa do risco coberto, faz-se referência à exclusão das denominadas «preexistências»”³¹, sendo que Pedro Romano Martinez já advertia antes mesmo da sua entrada em vigor que “As chamadas cláusulas de exclusão de certos riscos ou mais corretamente, de limitação do risco assumido, em princípios, são válidas, mas é necessário atender ao regime das cláusulas contratuais gerais.”³².

²⁸ Inclusive, no preâmbulo do Decreto-Lei nº 72/2008 diz: “Superando o regime do Código Comercial, mas sem pôr em causa o princípio da liberdade contratual e o carácter supletivo das regras do regime jurídico do contrato de seguro, prescreve-se a designada imperatividade mínima com o sentido de que a solução legal só pode ser alterada em sentido mais favorável ao tomador do seguro, ao segurado ou ao beneficiário.”

²⁹ “Revela o sentido que seria considerado por uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do destinatário, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer.” MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil, 5ª ed., reimp. da 4ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Gestlegal, 2020, p. 444.

³⁰ No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 076501, de 14 de dezembro de 1988, decidiu a favor do tomador de seguro por interpretação do conceito de tempestade: “II – Assim, há que procurar determinar qual o sentido juridicamente relevante dessa declaração, em conformidade com critérios legais, designadamente do n.º 1 do artigo 236 do Código Civil doutrina da compressão do declaratório expresso na apólice que titula o seguro. III – Deste sagaz colocado na posição do real declaratório, deduziria considerando todas as circunstâncias atendíveis do caso concreto. IV – Assim, as expressões “temporal” e “tempestade”, no sentido concreto em que devem ser entendidas, designam chuva e vento anormais, agitação violenta de ar, acompanhado de chuva e trovões, ora na noite dos autos desabou sobre o gorgulhão bastante chuva e rajadas de vento, e em consequência dessa anormalidade e que ocorreram os desabamentos e os danos pedidos. Houve, assim chuva que se precipitou de forma anormal, aliada a ventos fora dos cânones da habitualidade, ou seja, aconteceu “tempestade”, “temporal”.

³¹ Diário da República, 1.ª série — N.º 75 — 16 de Abril de 2008, p. 2232. Pode-se entender que o risco assumido diz respeito à execução da prestação pelo segurador.

³² MARTINEZ, Pedro Romano. Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro. *Scientia Iuridica*: revista trimestral portuguesa e brasileira. Tomo 55. vol. 306. Braga: Universidade do Minho, abr./jun. 2006, p. 258. Com o advento do Decreto-Lei n.º 72/2008, ficou mais explícito com o controle do conteúdo por normas de aplicação geral (art. 3º).

Neste contexto, cumpre registrar o contido no artigo 45.º, do RJCS, que estabelece: “1 – As condições especiais e particulares não podem modificar a natureza dos riscos cobertos tendo em conta o tipo de contrato de seguro celebrado. 2 — O contrato de seguro pode excluir a cobertura, entre outros, dos riscos derivados de guerra, insurreição ou terrorismo.”. Duas situações a destacar, a primeira, que nas condições especiais³³ não pode descaracterizar o tipo do contrato, inviabilizando o acesso à prestação dos cuidados de saúde, a segunda, possibilitou a supressão da obrigação de forma geral (“entre outros”), porém, ressalte-se que não pode inserir cláusulas delimitadoras negativas que violem o número 1 da norma.

A antiga Lei de Bases da Saúde³⁴ incentivou a exploração desta atividade económica, sendo mantida na nova Lei³⁵, porém, com texto ampliado, determinado que para sua subscrição deve o segurador efetivar o direito de informação ao consumidor, no intuito que as cláusulas contratuais gerais sejam redigidas com clareza e de forma inteligível, advertindo sobre as de exclusões e limitações da cobertura.

Na aprovação do Estatuto do SNS³⁶, em 1993, e ainda vigente, contempla a possibilidade da contratação de seguro de saúde, no qual estabelece que não pode haver restrição do direito de acesso aos cuidados de saúde e do direito de opção dos beneficiários. Neste particular, no Brasil, a Lei de Planos de Saúde³⁷ trouxe uma novidade ao dispor como obrigatório o “ressarcimento ao SUS”, ou seja, todos os serviços de atendimento à saúde previstos nos contratos quando prestados aos consumidores nos estabelecimentos de saúde pertencentes ao SUS deverão ser ressarcidos aos cofres públicos. Esse assunto, e alguns outros dispositivos da lei, foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade³⁸, a qual, neste particular foi julgada improcedente, mantendo-se o dever de ressarcimento pelas operadoras.

De acordo com a Lei n.º 67/2013 (art. 3º), a regulação na área da saúde continua dividida entre a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), para os estabelecimentos de saúde dos serviços públicos e privados, portanto, atuando diretamente no SNS, e a Autoridade de Supervisão e

³³ António Menezes Cordeiro traz-nos as seguintes definições: “condições gerais: englobam as cláusulas comuns a um certo ramo de contratos, praticado pelo segurador considerado; – condições especiais: abrangem as cláusulas próprias do tipo de contrato em jogo; – condições particulares: identificam o contrato celebrado através das suas diversas coordenadas: partes, segurado, pessoa segura, risco assumido, interesse e, eventualmente, cláusulas acordadas.”. CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. 2ª ed., rev. e atual., Reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 676.

³⁴ Cf. Base XLII, da Lei n.º 48/90 (revogada).

³⁵ Cf. Base 27, da Lei n.º 95/2019.

³⁶ Cf. Artigo 24º do Decreto-Lei n.º 11/93.

³⁷ Cf. Artigo 32 da Lei n.º 9.656/98 (brasileira).

³⁸ Para detalhes, consulte ADI n.º 1.931 no Supremo Tribunal Federal (STF), disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 out. 2024.

Fundos de Pensões que atua perante o operador de seguros³⁹. Não se deparou com nenhum normativo expedido pela ASF sobre a delimitação das prestações de cuidados de saúde, apenas, na sua página eletrônica, na área Portal do consumidor, constam algumas perguntas e respostas.

De acordo com o artigo 39º do RJCS, somente para os seguros obrigatórios pode impor a utilização de cláusulas padrões, todavia, o artigo 40º permite a realização do controle abstrato. Para tanto esse controle abstrato, devem ser observadas as regras previstas no Decreto-Lei nº 446/85⁴⁰, que disciplina o ordenamento das cláusulas contratuais gerais, especialmente no que tange a boa-fé objetiva, dever de esclarecer, dever de informar e controle do conteúdo, além da Lei nº 24/96 (Lei de Defesa do Consumidor).

Anota-se uma variedade de legislações que solidifica essa relação jurídica de consumo, porém, privilegia a autonomia privada do segurador na modulação contratual, mesmo tendo um leigo (consumidor) que não compreende adequadamente os riscos cobertos, situação que enseja uma fragilidade jurídica na delimitação das prestações dos cuidados de saúde.

2.2 BRASIL

O escopo no Brasil diz respeito a cobertura planos e seguros de assistência à saúde. Na década de 70 começaram a surgir ofertas de serviços privados para atendimento em clínicas, hospitais e consultórios particulares sem depender do serviço público.

À época, a contratação era regida pelo Código Civil, impregnada pelo regime individualista, pela força obrigatória do contrato, pelo princípio da “*pacta sunt servanda*”, portanto, na lógica liberal da autonomia privada.

Com a vigência do Código de Defesa do Consumidor (1991) ocorreu uma transformação no pensamento jurídico brasileiro, haja vista que a lei possui regras de relativização da autonomia privada, dentre elas, destacam-se os mecanismos de nulidade das cláusulas abusivas e da alteração dos contratos de adesão.

Posteriormente, no ano de 1999, entrou em vigor a Lei nº 9.656/98, denominada de Lei dos Planos de Saúde, sendo um divisor de águas para essa típica relação jurídica de consumo

³⁹ Sobre a relação dos médicos com a seguradoras e a deontologia profissional, veja em: RUEFF, Maria do Céu. Dever de informar, conflitos de interesse e deontologia na relação tripartida cidadão-médico-seguradora. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 13. ano 7. Coimbra: Coimbra Editora, jan./jun. 2010, p. 48-50.

⁴⁰ Quando da sua edição, em 1985, constava no artigo 3º, al. “c) A cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada”. Portanto, não era possível de discussão judicial se a cláusula constante do contrato por adesão havia sido determinada por entidade pública. Tal dispositivo vigorou por dez anos, eis que foi revogado com o advento do Decreto-Lei n.º 220/95, que transpôs para o ordenamento jurídico interno a Diretiva 93/13/CEE, de 05 de Abril.

e para esse ramo de atividade econômica. A lei trouxe para o sistema jurídico um conjunto particular de direitos, deveres e responsabilidades para as pessoas que compõem esse mercado, quais sejam, beneficiários, operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços (hospitais, clínicas, médicos, etc).

Destaca-se como inovações importantes, a proibição a seleção de risco, seja pela idade ou condição de saúde, obrigando a contratação para quem deseja adquirir um plano, controle de reajuste anual e por faixa etária, período de carências limitados, cumprimento de garantias financeiras, manutenção e qualificação dos prestadores de serviços, ampliação e participação colegiada sobre o modelo de atenção à saúde e incorporação de novas tecnologias.

No referido diploma legal, após alteração pela Medida Provisória nº 1.665/98, foi instituído o Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), competente para normatizar as questões relacionadas à prestação de serviços no mercado de saúde suplementar, tendo editado 23 resoluções, entre elas, a CONSU nº 10, de 3 de novembro de 1998, sobre o “rol de procedimentos e eventos em saúde” que versa sobre as delimitações positivas e negativas da prestação de serviço pelas operadoras de planos de saúde.

Diante destas novas normativas, o mercado passou a conviver com duas modalidades de contratação, dos planos antigos (antes da lei) e dos planos novos.

No ano de 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar, por meio da Lei nº 9.961, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Evidente o benefício advindo com a criação da Agência e a regulamentação do setor de saúde suplementar, pois não havia regras básicas uniformes, sendo que cada segmento empresarial, de forma unilateral, modelava seu contrato e o ofertava da maneira que entendesse mais conveniente, não tendo o consumidor um órgão próprio e específico que lhe auxiliasse nas dúvidas sobre o produto complexo que estava adquirindo.

Para uma saudável concorrência, a criação da ANS contribui, também, de forma assertiva, permitindo a alienação voluntária da carteira de beneficiários, impondo regime de direção fiscal em várias operadoras que não tinham como operar no mercado. A presença da prestação de saúde suplementar no Brasil é estratégica e sua manutenção uma realidade indispensável, principalmente para permitir que o Estado, dentro das suas limitações financeiras, cumpra seu dever constitucional.

No que tange a delimitação das prestações, para os planos antigos aplicam-se as disposições contratuais pactuadas entre as partes, eis que a Lei de Planos de Saúde não incide

nos planos antigos, conforme decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, através do Tema 0123⁴¹ julgado no ano de 2020.

A delimitação da prestação da assistência à saúde dos planos novos tem como supedâneo os próprios dispositivos da Lei nº 9.656/98⁴² e na Resolução Normativa nº 465/2021 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, na qual consta o “rol de procedimento e eventos em saúde” atualizado, composto por mais de 3.000 itens obrigatórios de cobertura contratual.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considerava o “rol da ANS” como exemplificativo, porém, a Quarta Turma inaugurou divergência deste entendimento que culminou na apreciação da matéria, no ano de 2022, pela Segunda Seção do STJ, a qual por maioria de votos, o Estado-juiz unificou o posicionamento no EREsp 1.886.929 e no EREsp 1.889.704, para delimitar a prestação de assistência à saúde suplementar, na moldura de ser o Rol da ANS taxativo, comportando excepcional cobertura, desde que “(i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS”.

Após essa decisão do STJ, o Estado-legislativo apresentou, projeto de lei para alterar a Lei dos Planos de Saúde, sendo sancionado pelo Estado-executivo a Lei nº 14.454/22, que considera o Rol da ANS como “referência básica”, admitindo-se que tratamentos ou procedimentos que não estejam nele previsto sejam autorizados desde que “I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.”.

⁴¹ “As disposições da Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados.”.

⁴² Ver artigos 10 a 12 da Lei nº 9.656/98.

Oportuno registrar que o Estado-regulador, ou seja, a Agência Nacional de Saúde Suplementar defende que o direito de assistência à saúde do consumidor está delimitado positivamente nos parâmetros do "Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde" por ela editado. Consta-se que há um conflito de entendimentos entre os poderes estatais.

Diferentemente Portugal, no Brasil temos uma normativa específica expedida pelo Estado-regulador sobre a delimitação dos riscos cobertos, todavia, existe uma regra jurídica positivada que visa relativizar esse entendimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um lado, tem-se o interesse do consumidor, fragilizado, física ou mentalmente, sem o devido conhecimento técnico, que ao receber a prescrição do seu médico entende ter a garantia ao tratamento de maneira irrestrita e mais adequada. Do outro, encontra-se a presença do segurador que almeja arcar somente com os custos da promoção, recuperação e reabilitação mediante as regras estabelecidas pelo órgão regulador para atuação no mercado de saúde suplementar. Como harmonizar e compatibilizar esse potencial conflito?

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu artigo 4º, III, designa como política pública a harmonização e compatibilização dos interesses nas relações jurídicas de consumo, visando a proteção do sujeito vulnerável e proporcionando o "desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

Com efeito, o ideal seria que os posicionamentos do Estado estivessem alinhados no intuito de proporcionar a segurança jurídica a todas as partes envolvidas. Porém, diante da divergência dos órgãos estatais, vivencia-se na atualidade o fenômeno da "judicialização da assistência à saúde", com tendência para sua continuidade.

O tema, por sua natureza, é sensível e a relação jurídica de consumo de saúde suplementar é muito complexa, envolvendo vários outros interesses, como dos prestadores de serviços (médicos, hospitais, clínicas, profissionais da saúde e laboratórios) e dos fabricantes de insumos (medicamentos, órteses, próteses, materiais especiais).

Em Portugal, a inexistência de uma normativa específica sobre a delimitação da prestação de cuidados de saúde, aliado a autonomia privada do fornecedor na modulação do clausulado, potencializa eventuais lesões aos consumidores vulneráveis de conhecimento

técnico. Porém, não se identificou perante o Poder Judiciário, ASF, câmaras arbitrais, demandas expressivas sobre a não prestação dos cuidados de saúde.

No Brasil, tem-se a lei especial de planos de assistência à saúde e a normativa do “rol de procedimentos e eventos em saúde” editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar que atinge somente os planos novos, firmados posteriormente a lei, e nele constam mais de 3.000 (três mil) tratamentos obrigatórios⁴³.

Apesar da existência das normativas específicas que delimitam à assistência à saúde, as demandas judiciais extrajudiciais com os consumidores são corriqueiras e exponenciais, sendo uma contradição com Portugal.

A proteção e defesa do consumidor é imperiosa, por ser ele o elo fraco da relação jurídica, principalmente pela falta de conhecimento técnico e por, na maioria das vezes, estar debilitado. Contudo, há de se ressaltar que não há sustentabilidade para um sistema ilimitado que seja obrigado a arcar com toda e qualquer assistência à saúde. As operadoras de planos de saúde mantêm e desenvolvem suas atividades mediante o recebimento das contraprestações pagas pelos usuários. A liberação de procedimentos fora dos parâmetros legais e contratuais certamente impacta nos preços dos planos para os consumidores passivos, que nesse contexto acabarão por suportar os necessários reajustes nas mensalidades.

Para o devido equilíbrio entendo salutar a delimitação legal e regulatória da prestação aos cuidados de saúde. A questão é saber se a delimitação positiva ou negativa da prestação configura ou não abuso.

É preciso evoluir ainda mais na discussão deste tema sensível para todos. O diálogo deve acontecer despido de utopias e interesses particulares para a efetiva evolução na busca do melhor modelo assistencial à saúde para os consumidores. A verdade é que não existe cobertura integral para os consumidores sem a devida contraprestação equilibrada e o pagador, ao fim e ao cabo é o consumidor.

⁴³ Os principais argumentos para que o “rol” seja considerado exemplificativo consiste no discurso de que o médico assistente é quem sabe o melhor para seu paciente, além de que o referido Rol é defasado e suas atualizações não acompanham a evolução tecnológica da medicina. Do lado contrário, para que o Rol da ANS seja taxativo, as críticas traduzem na postura do caráter absolutista que o Poder Judiciário concede ao pedido do médico assistente, bem como que deve ser respeitada a competência do órgão regulador que visa a sustentabilidade do mercado de saúde suplementar.

A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL FRENTE A PUBLICIDADE VOLTADA AO CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS

Augusto Tanger Jardim¹

Fernanda Nunes Barbosa²

RESUMO

A proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes é uma das principais tarefas do Estado contemporâneo. Diante da sua vulnerabilidade, tema que aqui será abordado de forma ampla, devem ser adotadas as mais diversas medidas para tutelar os seus direitos. No presente artigo serão exploradas as formas de tutela que o Estado coloca à disposição das crianças e dos adolescentes frente a publicidade voltada ao consumo do álcool. Além das tutelas típicas do Estado, será apresentada a atuação autorregulatória da publicidade associada ao tema. Apresentados os sujeitos de proteção e as formas de tutela e promoção dos respectivos direitos, passa-se à análise crítica acerca da eficácia do sistema protetivo em face da publicidade de bebidas alcoólicas.

Palavras-chave: criança e adolescente; publicidade; direito à saúde; consumidor; bebidas alcoólicas.

ABSTRACT

Protecting the children's and the adolescents' rights is one of the main tasks of the contemporary State. Considering their vulnerability, a wide range of measures must be adopted to protect their rights. This article will explore the forms of protection that the State makes available to children and adolescents in the face of advertising aimed at alcohol consumption. In addition to the typical State protections, the self-regulatory action of advertising associated with the topic will be presented. After presenting the subject of protection and the forms of protection and promotion of the respective rights, a critique is made regarding the system effectiveness against advertising of alcoholic beverages.

Keywords: child and adolescent; advertising; right to health; consumer; alcoholic beverages.

INTRODUÇÃO

¹ Doutor em Direito Pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da graduação e pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Advogado. Parecerista. E-mail: augusto@tjnb.adv.br.

² Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Advogada. Parecerista E-mail: fernanda@tjnb.adv.br.

O Brasil é, reconhecidamente, um país de intensa profusão legislativa¹. Relativamente à tutela legislativa do direito à saúde de grupos vulneráveis como crianças e adolescentes, o país tem um arcabouço legal bastante protetivo, notadamente quando se trata de produtos perigosos ou nocivos à saúde. No tema das bebidas alcoólicas, a regulação vai da proibição da venda a menores de 18 anos até restrições à sua publicidade², passando pela regulação da produção, distribuição e consumo em todos os âmbitos da federação e nas mais variadas fontes (leis ordinárias, decretos do Poder Executivo, portarias, resoluções etc).

Embora se reconheça que a publicidade é uma forma de expressão, devendo ser livre em linha de princípio, a sua incontornável natureza persuasiva aconselha que seja considerada também no contexto das atividades econômicas, o que é objeto do art. 170 da Constituição Federal brasileira³. Sob essa perspectiva, a publicidade é uma manifestação da livre iniciativa em um ambiente concorrencial. A livre iniciativa⁴ é um dos fundamentos da ordem econômica e a livre concorrência um dos seus princípios, entre os quais também aparece a defesa do consumidor (no qual se deve sempre destacar a necessidade de especial proteção dos chamados *hipervulneráveis*⁵).

Ressalta-se, portanto, que a publicidade, se de um lado é livre (como forma de expressão, ainda que comercial), de outro pode ser restringida em relação a determinados produtos, serviços ou finalidades (art. 220, parágrafos 3º e 4º, da CF/88), devendo também ser ponderada com a defesa do consumidor, que é um direito fundamental (art. 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”) e com o desenvolvimento sadio de crianças e de adolescentes, cujo dever compete ao Estado, à família e também à sociedade, incluindo-se, portanto, todos os setores econômicos. Nesse sentido, é exigido do aplicador do Direito um sopesamento dos valores em jogo, conforme as situações concretas e os valores em disputa.

Para abordar a proteção à criança e ao adolescente no Brasil quanto à publicidade associada às bebidas alcoólicas o presente trabalho será dividido em três partes. A primeira parte é dedicada a apresentar em linhas sintéticas os sujeitos de proteção jurídica (a criança e o adolescente) diante da situação que lhes coloca em risco (a publicidade). A segunda parte, de caráter mais descritivo e subdividida em quatro partes, aponta as tutelas legislativa, administrativa e jurisdicional e a autorregulação diante do marketing associado ao álcool. Por fim, a terceira parte apresenta os perigos criados às crianças e aos adolescentes diante das estratégias da indústria e analisa, criticamente, a eficácia do sistema jurídico brasileiro nessa temática.

1 A PESSOA EM DESENVOLVIMENTO E SUA PROTEÇÃO DIANTE DA PUBLICIDADE VOLTADA AO CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS

O sistema constitucional inaugurado em 1988 no Brasil colocou no mais alto grau de proteção jurídica as pessoas com até 18 anos de idade incompletos, que são as crianças e os adolescentes. Dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em consonância com as normas constitucionais, no âmbito infraconstitucional federal, o legislador buscou proteger crianças e adolescentes por meio da promulgação do *Estatuto da Criança e do Adolescente* (ECA), Lei nº 8.069/1.990. Recorde-se que apenas dois anos antes, em 1989, a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança surgia como o instrumento de Direitos Humanos que mais aceito seria na história universal, sendo ratificado por 196 países, inclusive o Brasil. Adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, entrou em vigor, no país, em 24 de setembro de 1990⁶. A Convenção, assim como um ano antes fez a Constituição Federal brasileira, reconhece crianças e adolescente plenamente como “sujeitos de direitos”, retirando-as de uma posição de “objeto de direito”, em um movimento evolutivo que deslocou o entendimento histórico de que crianças seriam sujeitas aos direitos de seus pais, em uma perspectiva adultocêntrica. A criança deixa de ser aquela de quem se fala para ocupar um protagonismo de direitos.

Se, por um lado, uma série de novos direitos fundamentais passam a ser titularizados por crianças e adolescentes a partir de alguns marcos normativos da segunda metade do século XX; por outro, torna-se dever do Estado fixar seu conteúdo e materializá-los em políticas públicas, o que requer atenção às especificidades e necessidades de cada um em seu contexto social, considerando não apenas as distinções etárias (zero a 18 anos), mas também uma série de outras singularidades, tais como estrutura familiar; acesso à educação; condições de saúde, entre outras.

É importante referir que a criança e ao adolescente demandam proteção tanto quanto a eventuais abusos associados à publicidade, quanto aos malefícios que o consumo do álcool promove. Nesse sentido, as estratégias da indústria necessitam ser combatidas para que os

direitos assegurados em lei sejam efetivados. Especialmente em face das ferramentas hoje existentes para a promoção de produtos e a indução ao consumo de produtos nocivos, como se verá nos itens a seguir.

2 AS TUTELAS LEGISLATIVA, ADMINISTRATIVA E JURISDICIONAL E A AUTORREGULAÇÃO DIANTE DO MARKETING ASSOCIADO AO ÁLCOOL

2.1 TUTELA LEGISLATIVA

Desde uma perspectiva constitucional, a regulação da indústria do álcool (incluindo acessibilidade e marketing de bebidas alcoólicas) encontra menção expressa apenas no que toca à publicidade (propaganda comercial) - art. 220, § 4º, da CF/88, ao indicar restrições legais e prever “sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”. A publicidade estaria implicitamente abrigada nesse contexto, uma vez que se expressa criativamente como meio de informação aos consumidores. De modo expresse, ela é referida em dois parágrafos: o § 3º, inciso II, autoriza o legislador a estabelecer “meios de defesa” em favor da pessoa e da família, relativamente à “propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”; e o parágrafo 4º sujeita “a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias” a “restrições legais”, impondo ainda a possibilidade de “advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”⁷.

No âmbito infraconstitucional, especificamente quanto ao consumo de álcool e às suas consequências, foi promulgado, no ano de 2007, o Decreto nº 6.117/2007⁸, que aprovou a Política Nacional sobre o Álcool, dispondo sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool e sua associação com a violência e a criminalidade. Neste Decreto foram estabelecidas as diretrizes (item 6 da política) para a Política Nacional sobre o Álcool, dentre as quais, no que toca ao marketing, destacam-se as diretrizes números 10 e 12. Dispõe a diretriz nº 10: “promover ações de comunicação, educação e informação relativas às consequências do uso do álcool”. A diretriz nº 12, por sua vez, dispõe sobre:

12 - incentivar a regulamentação, o monitoramento e a fiscalização da propaganda e publicidade de bebidas alcoólicas, de modo a proteger segmentos populacionais vulneráveis ao consumo de álcool em face do hiato existente entre as práticas de comunicação e a realidade epidemiológica evidenciada no País.

Percebe-se, portanto, duas ações distintas e complementares, na medida em que, enquanto o item 10 indica um dever de agir do Estado no sentido de promover comunicação, educação e informação sobre os malefícios do álcool, permitindo que as pessoas impactadas pela publicidade possam tomar decisões conscientes; no item 12 há a imposição de um dever de fiscalização da publicidade produzida pela indústria do álcool. Trata-se de deveres de promoção de informação do potencial consumidor – aliás, direito básico de todos os consumidores nos termos do art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁹ - e de restrição a uma certa desinformação promovida pela indústria, na medida em que comunica seus produtos de modo a encantar seu público por meio de embalagens, marketing e narrativas produzidas com tal finalidade.

Ainda no plano normativo infraconstitucional, a Lei nº 9.294/1996¹⁰ foi promulgada para dispor sobre as restrições ao uso e à propaganda de bebidas alcoólicas, dentre outros produtos. No mesmo ano, ainda foi editado o Decreto 2.018/96¹¹, com a finalidade de regulamentar a Lei.

Inicialmente, importante referir que a mencionada Lei apresenta critério bastante criticável para definir bebida alcóolica: “bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac” (art. 1º, parágrafo único). Desta forma, bebidas com teor alcoólico inferior ao estabelecido na Lei não encontram restrição de publicidade, de que são exemplo as cervejas¹². Outro aspecto que merece destaque quanto à tutela normativa assegurada pela lei diz respeito ao alcance quanto aos meios de publicidade. Isso se deve ao fato de que prevê expressamente a restrição de propagandas comerciais somente nos meios radiofônicos e televisivos (art. 4º) e “à propaganda estática existente em estádios, veículos de competição e locais similares” (art. 5º. § 1º). Essa definição de meios midiáticos, que fazia sentido no ano em que a Lei foi promulgada (1996), não contempla explicitamente as formas modernas de publicidade que se valem dos mais variados recursos e plataformas disponíveis por meio da internet, como YouTube, mídias sociais, aplicativos de relacionamento etc.

No que toca às restrições propriamente ditas, a Lei impõe limites à publicidade quanto ao horário de veiculação (“entre as vinte e uma e as seis horas” - art. 4º *caput*); quanto a associações implícitas com atividades “positivas”¹³, bem como, exigiu a exposição de orientações nos rótulos dos produtos (“Evite o Consumo Excessivo de Álcool” – art. 4º, § 2º) e de advertências nos locais de venda (art. 4º - A da mencionada Lei).

Destaca-se, por fim, que o CDC brasileiro ainda prevê a imposição de contrapropaganda nas hipóteses em que o fornecedor incorrer na prática de publicidade

enganosa ou abusiva (art. 37 do CDC), nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

2.2 TUTELA ADMINISTRATIVA

Relativamente à tutela administrativa, os diversos órgãos voltados tanto à proteção da saúde pública, com destaque para a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), como à defesa dos consumidores e de crianças e adolescentes, como o Conselho Nacional dos Direitos da Criança (CONANDA), são chamados a atuar mediante a elaboração de políticas públicas concretas e de fiscalização de comportamentos contrários à lei. Neste sentido, no âmbito da publicidade associada ao consumo de álcool, a Lei n.º 9.294/96 e o Decreto n.º 2.018/1996 preveem a atuação de diversos órgãos do Estado vocacionadas à fiscalização e à aplicação de sanções¹⁴ aos infratores¹⁵.

Quanto à fiscalização, na seara do consumidor o Decreto n.º 2.181/1997 regulamenta o tema¹⁶. Verifica-se, no entanto, que o Estado brasileiro necessita investir no fortalecimento dos órgãos estatais de regulação, controle e fiscalização da publicidade (marketing) e do comércio (acessibilidade) de produtos perigosos e nocivos à saúde em todos os níveis (municipal, estadual e federal), tarefa que é desempenhada por uma gama de órgãos vinculados ao Poder Executivo, de que são exemplo os PROCONS¹⁷. Isso porque o aspecto da fiscalização é, possivelmente, o mais efetivo em termos de política pública, considerando que políticas legislativas esbarram muitas vezes no problema da competência legislativa e da judicialização de políticas públicas, característica marcante do sistema jurídico brasileiro.

Não obstante a previsão da presença de agentes fiscalizadores e sancionadores vinculados ao Estado, na seara publicitária, a autorregulação é uma realidade importante no Brasil¹⁸.

2.3 AUTORREGULAÇÃO

De modo geral, no âmbito de algumas indústrias ou setores no Brasil, há uma forte defesa jurídica da chamada “autorregulamentação regulada”, na qual o Estado define diretrizes da regulação, mas o setor se autorregulamenta. O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) exerce um papel de destaque no que tange à publicidade do álcool¹⁹.

Fundado no período da ditadura civil-militar no Brasil, o CONAR “é uma organização não-governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e

defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial”, que tem por missão “Impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas e defender a liberdade de expressão comercial”²⁰. Sua atuação repressiva desenvolve-se a partir de denúncias feitas por pessoas impactadas negativamente por publicidade, endereçada ao seu Conselho de Ética que, seguindo procedimento administrativo, decide a respeito da ofensa. Em que pese a falta de obrigatoriedade das decisões, em geral há a sua aceitação²¹. Contudo, existem fortes críticas quanto a sua composição²², transparência²³ e falta de representação social²⁴.

Além da função repressiva, e mesmo em função dela, o CONAR editou um *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*²⁵ e edita súmulas de julgamento. Especificamente quanto ao tema do presente artigo, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária trata a publicidade de bebidas alcoólicas como Categoria Especial de Anúncio. Nesta categoria, diferencia as bebidas alcoólicas (reguladas no Anexo A), das bebidas “de mesa”²⁶ (reguladas no Anexo P sob o título “Cervejas e Vinhos”) e de outras bebidas que contenham álcool, mas são misturadas com água, suco ou refrigerante (reguladas no Anexo T sob o título “Íces e bebidas assemelhadas”). No tocante às súmulas, das nove editadas, duas (as duas últimas) dizem respeito à publicidade das bebidas alcoólicas. A Súmula nº 8 (07/12/2006) impõe que:

Anúncios de bebida alcoólica de qualquer espécie, em mídia exterior, devem restringir-se à exposição do produto, sua marca e/ou slogan, sem apelo de consumo, incluída sempre a cláusula de advertência, sujeitando-se os anúncios infratores ao deferimento de medida liminar de sustação²⁷.

Por outro lado, a Súmula nº 9 (05/10/2017), exige que:

Anúncios de bebidas alcoólicas – divulgados em qualquer veículo de comunicação ou plataforma - não devem conter apelo imperativo de consumo e não podem deixar de expor ostensivamente uma cláusula de advertência para responsabilidade social no consumo do produto, sujeitando-se os anúncios infratores ao deferimento de medida liminar de sustação²⁸.

Vislumbra-se, portanto, uma tentativa de normatização, orientação e repressão levada a efeito por meio da autorregulamentação publicitária.

2.4 TUTELA JURISDICIONAL

Finalmente, no que tange à tutela jurisdicional diante da publicidade voltada ao consumo de álcool, um dos pontos que leva a judicialização do tema diz respeito à falta de definição normativa clara de conceitos e elementos *associados ao álcool*, deixando margem para que a indústria abuse do seu dever de informação nos conteúdos publicitários. Exemplo claro disso é a ausência de regulação específica quanto ao uso das expressões “zero álcool” e “sem álcool”, especialmente em razão da associação precoce que crianças e adolescentes fazem a marcas e produtos nocivos de consumo adulto justamente em face de sua liberação sem maiores consequências legais.

Outro ponto reside na possibilidade de total restrição à publicidade do álcool em analogia com o que houve em relação ao tabaco. No julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 3.311²⁹, julgada em 09/2022, a questão da liberdade de expressão veio a lume relativamente à publicidade de tabaco, que está proibida no Brasil desde o ano 2000 (art. 3º, da Lei 9.294/1996, com sucessivas alterações das Leis 10.167/2000 e 12.546/2011). A ação, proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) insurgia-se contra a *proibição*, alegando o direito à liberdade de expressão. No caso específico, o STF considerou existir “prevalência da tutela da saúde (art. 6º, CF) e incidência da proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227, CF)”, uma vez que a publicidade de tabaco tem como alvos preferenciais crianças e adolescentes, a ponto de a Organização Mundial da Saúde – OMS considerar o tabagismo uma epidemia pediátrica. Relativamente ao art. 220, § 4º, CF, a decisão afirmou que “a propaganda comercial pode sofrer restrição legal de variada intensidade e, de modo proporcional, *ser afastada* para a tutela de outros direitos fundamentais” [grifo nosso], acrescentando que “a expressão ‘restrição’, no art. 220, § 4º, CF, não traduz limitação apriorística à ponderação de valores resultante da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto”. Assim, o STF deu contornos definitivos ao estatuto jurídico da publicidade comercial no Brasil: é uma forma de liberdade de expressão, mas, dada a sua essência de atividade empresarial, pode ser restringida em variada intensidade, e até mesmo proibida, para a tutela de outros direitos fundamentais.

Definida a possibilidade de restrição da publicidade, o Poder Judiciário foi chamado a estabelecer quando um produto pode ser considerado bebida alcoólica e, portanto, quando deve estar submetido às respectivas regras restritivas, fiscalizatórias e sancionatórias.

Apreciando a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO 22³⁰, o STF foi provocado a cogitar acerca da existência (ou não) de omissão legislativa quanto às bebidas alcóolicas com teor inferior a 13º Gay-Lussac (parâmetro estipulado pela Lei nº 9.294/1996). Segundo a Corte, “Reconhecer a insuficiência da Lei n. 9.294/1996, nos termos postos pelo

Procurador-Geral da República, significa, a um só tempo, ultrapassar a barreira que fundamenta o princípio da separação dos poderes, cuja integração há de se dar à luz dos princípios da harmonia e independência e, ainda, desconsiderar a validade também das normas criadas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária”. No mesmo julgamento, o STF rejeitou a tese de que a Lei 9.294/96 teria sido alterada pela Lei 11.705/2008, que instituiu a chamada Lei Seca, estabelecendo-se restrições ao consumo de bebidas alcoólicas por motoristas.

A circunstância de ter-se, na referida Lei nº 11.705/2008, considerado alcoólica, para os fins e nos termos nela previstos, a bebida contendo teor alcoólico em concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac não altera a disciplina e a restrição da propaganda limitada aos produtos com concentração alcoólica superior a 13° Gay-Lussac da Lei nº 9.294/1996. A Corte afirmou que a lei não nega o teor alcoólico das demais bebidas com concentração alcoólica inferior ao padrão de medição definido, limitando-se a restringir àquelas as exigências estabelecidas.

Assim, constou no voto da relatora:

Cervejas e vinhos, por exemplo, objeto de destaque pelo Ministro Carlos Velloso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.755/DF, são bebidas alcoólicas cujo consumo deve ser evitado em caso de direção veicular, como as bebidas com índice alcoólico superior a 13° Gay-Lussac. A diferença entre ambas (as de maior e as de menor teor alcoólico) está nas regras publicitárias, mais ou menos restritivas, a serem observadas pelas empresas responsáveis pelos respectivos anúncios.

É nesse aspecto que se destaca a importância de alguns projetos de lei no país, como o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 499, de 2018³¹, que altera a Lei nº 9.294/1996, para que bebidas com teor alcoólico superior a 0,5 graus Gay-Lussac passem a ser consideradas bebidas alcoólicas no país *também para fins publicitários*, o que protegerá, em maior medida, todos os públicos que atualmente acessam a comunicação mercadológica dos anunciantes de bebidas alcoólicas.

Também é buscada tutela jurisdicional quanto à definição dos órgãos do Estado responsáveis pela implementação das políticas públicas voltadas à restrição da publicidade ligada ao consumo de álcool. Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento aos Recursos Especiais (Resps) nº 1.583.083³² e nº 1.597.380³³ (ACP) interpostos pela União, pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio, Televisão (Abert) e pela Associação Brasileira da Indústria da Cerveja (Cervbrasil) à decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A determinação do Tribunal obrigava a ANVISA a adotar medidas

fiscalizatórias e aplicação de sanção a propagandas comerciais de bebidas com teor alcoólico superior a 0,5° GL (grau Gay-Lussac). Com a decisão do STJ, a Agência volta a ter a obrigação legal de fiscalizar e punir somente a publicidade de bebidas com teor alcoólico igual ou superior a 13° GL, como determina a vigente redação da Lei 9.294/96.

É com base nessa premissa que se passa a tratar mais especificamente da criança e do adolescente como consumidores e da proteção que a eles é conferida pelo sistema jurídico brasileiro diante de uma realidade cultural que normaliza o consumo de bebidas alcoólicas por esse público.

3 ESTRATÉGIAS DA INDÚSTRIA E EFICÁCIA DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE A PUBLICIDADE DE BEBIDAS ALCOÓLICAS

O problema do consumo de álcool no Brasil materializa-se em diversos campos e atinge de forma especial certos grupos sociais mais vulneráveis ou vulnerabilizados. Essas variadas nuances do problema permitem conceber ações em que a sociedade civil organizada possa colaborar para o seu enfrentamento, especialmente porque as estratégias da indústria³⁴ são cada dia mais desafiadoras para uma atuação isolada do Poder Público. O espaço de *atuação colaborativa* revela-se propício na medida em que, diante da grande aceitabilidade cultural do consumo de álcool, a sua repressão, do ponto de vista político, mostra-se impopular diante de grande contingente populacional. Como resultado, o Estado não destina recursos (materiais e pessoais) suficientes para a conscientização sobre o consumo, direcionando as escassas verbas para o atendimento das suas consequências (doenças decorrentes da dependência).

Refletindo-se sobre a suficiência e a eficácia das políticas públicas legislativas e o problema do consumo de álcool por crianças e adolescentes, destaca-se que a Constituição Federal, além de garantir a proteção ampla desse grupo (no *caput* do art. 227), disciplina também (em seu § 3º, inciso VII) que são assegurados “programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.” Percebe-se, com isso, a preocupação do constituinte com o potencial lesivo do vício a esse grupo em condições especiais de formação e de vulnerabilidade, bem como a ineficácia, ainda que em certa medida, das políticas de controle e prevenção ao seu consumo. No mesmo sentido, o ECA estabeleceu restrições ao acesso ao álcool às crianças e aos adolescentes, por meio da proibição da venda (art. 81, II) e da criminalização (art. 243) da venda, do fornecimento, do serviço, do ato de ministrar, da entrega de bebidas alcóolicas. Especificamente quanto à

publicidade, a mesma Lei também proíbe que “revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil” contenham anúncios de bebidas alcoólicas (art. 79).

A criança e o adolescente, há muito tempo, têm sido vistos pelo marketing como consumidores, o que explica a sua acentuada presença na publicidade, que colocou esse público em contato direto com a sedução do consumo, sem a necessária intermediação parental ou de seus cuidadores³⁵.

A compreensão de que as crianças e os adolescentes são especialmente vulneráveis à atividade publicitária e a nocividade reconhecida do consumo de álcool atrai a aplicação da segunda parte do inciso II do § 3º do art. 220 da Constituição Federal, que impõe a criação de lei federal que tenha por finalidade “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”. Interpretando tal circunstância, Bruno Miragem afirma que “o direito brasileiro não proíbe a publicidade dirigida à criança. Todavia, proíbe, em homenagem à proteção dos direitos fundamentais da criança (art. 227 da CF/1988), e de defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII, da CF/1988), a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”³⁶. Procurando tornar mais claro quais ações podem ser consideradas abusivas quando direcionadas às crianças e aos adolescentes, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) aprovou em 2014 a Resolução nº 163³⁷.

Por sua vez, em uma interpretação sistemática do disposto no art. 37, § 2º, do CDC e no art. 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tem-se que a publicidade infantil deve observar a idade do destinatário e respeitar sua condição de hipervulnerável, sob pena de se revelar abusiva e incorrer nas sanções previstas no estatuto consumerista, sobretudo a contrapropaganda, *ex vi* do art. 56, XII, do CDC. Digno de menção também é o disposto no art. 39, IV, do CDC, norma que veda ao fornecedor “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”³⁸.

Ainda no âmbito federal, o Decreto nº 6.117/2007, que aprovou a Política Nacional sobre o Álcool, indica como diretriz voltada para a proteção da criança e do adolescente, “estimular a inclusão de ações de prevenção ao uso de bebidas alcoólicas nas instituições de ensino, em especial nos níveis fundamental e médio” (item 17). A legislação estadual também se ocupa de regular as questões envolvendo o consumo do álcool e os seus efeitos. A título de exemplo, tem-se a Lei nº 15.852/2015, que no estado de São Paulo cria o Fundo Estadual de Combate ao Consumo de Bebidas Alcoólicas por Jovens e Adolescentes; a Lei nº Lei

16.878/2018, também do estado de São Paulo, que estabelece a obrigatoriedade de mensagens educativas sobre o uso de álcool em eventos para o público infantojuvenil e determina a sanção pelo não cumprimento ao CDC, e, no estado de Roraima, a Lei nº 1.382/2020, que, de forma semelhante, dispõe que shows e eventos culturais e esportivos voltados para o público infantojuvenil devem conter mensagens educativas no ingresso sobre o uso indevido de álcool e drogas.

No âmbito autorregulatório da publicidade das bebidas alcoólicas, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR apresenta princípio de proteção a crianças e a adolescentes, que recomenda aos anunciantes e às suas agências “cuidados especiais na elaboração de suas estratégias mercadológicas e na estruturação de suas mensagens publicitárias”, na medida em que a publicidade não terá crianças e adolescentes como público-alvo³⁹. Em orientação voltada a anunciantes, agências, criadores de conteúdo e outros atores, o CONAR também elaborou um *Guia de boas práticas para a publicidade online voltada ao público infantil*⁴⁰. Nele, o CONAR recomenda “a identificação clara de inserções publicitárias, em comunicação compreensível de acordo com a faixa etária de crianças e adolescentes, a não abordagem de temas inadequados, como bebidas alcoólicas, tabaco ou armas de fogo, e o não estímulo a comportamentos perigosos ou excessos nocivos”, bem como, “que ações publicitárias que promovam downloads de aplicativos ou o sorteio de itens devem ser condicionadas à autorização dos pais quando envolverem a participação de crianças e adolescentes”.

É por isso que se nos mostra bastante questionável o compartilhamento de marca (*branding*) de bebidas alcoólicas com bebidas ditas “zero álcool”. Ainda que também essas se dirijam, em tese, ao público adulto, mostra-se razoável que crianças e adolescentes realizem uma associação precoce entre produtos nocivos à sua saúde e produtos de consumo liberado para todos os públicos. A associação é simbólica. O exercício de imaginar uma criança de cinco anos bebendo uma cerveja “zero álcool” pode ajudar a questionar a ausência de uma regulamentação mais clara nesse sentido.

Por fim, para que se tenha uma dimensão concreta da necessidade de atuação estatal para a promoção de proteção das crianças e dos adolescentes em se tratando de consumo de álcool, repise-se a problemática que envolve a publicidade em torno de bebidas com gradação alcoólica igual ou inferior a treze graus Gay-Lussac. A configuração de tais bebidas como não sendo alcóolicas pela legislação brasileira para fins publicitários, associada à curiosidade própria da idade e o imenso desejo de imitação do adulto⁴¹, faz com que advertências do tipo “*ESTE PRODUTO É DESTINADO A ADULTOS*”⁴² não produzam o efeito

dissuasório pretendido. Soma-se, ainda, o fato de que bebidas com baixo teor alcoólico, em geral, são misturadas com outras bebidas doces, o que as torna mais palatável aos jovens⁴³.

CONCLUSÃO

Diante das questões apresentadas neste trabalho, uma primeira conclusão importante a que se chega é a da necessidade de aprovar e implementar mais campanhas educativas nos meios de comunicação não tradicionais, especialmente em mídias digitais, em acordos de colaboração com as principais plataformas, como Instagram, Facebook, WhatsApp e Google. Nos termos da Diretriz nº 10 da Política Nacional sobre o Álcool (Decreto nº 6.117/2007), que determina a promoção de “ações de comunicação, educação e informação relativas às consequências do uso do álcool”, tal ação objetivaria minimizar os efeitos da publicidade ainda permitida por meio da Lei nº 9.294/96 e da normalização da cultura do consumo de bebidas alcoólicas por menores de 18 anos no Brasil.

Outra conclusão não menos relevante dirige-se ao poder público. Como já afirmou o STF, é por meio de alteração legislativa que deve ser perseguido o caminho para a promoção de uma reforma do conceito de bebidas alcoólicas para efeitos de restrição publicitária, considerando a atual redação do art. 1º, par. único, da Lei 9.294/96. Apenas considerar bebidas alcoólicas para efeitos de publicidade e marketing as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay-Lussac não promovem saúde pública, mormente de crianças e adolescentes, pessoas mais suscetíveis a influências das comunicações mercadológicas.

Tudo isso não afasta a importância de seguir-se contando com a atuação do setor publicitário que, por intermédio do CONAR, possibilitará à indústria de bebidas nocivas à saúde aprimorar-se em termos de comunicação com o público, preservando direitos e valores constitucionais de mais elevada hierarquia. Concordamos, no entanto, com Adalberto Pasqualotto, reconhecido estudioso do tema da publicidade no Brasil, para quem embora as normas públicas e privadas sejam boas e compatíveis entre si, o sistema geral de controle da publicidade enganosa e abusiva praticado no Brasil mostra-se ainda insuficiente⁴⁴.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fernando Costa de; VASCONCELLOS, Estela Maris Foster. Hipervulnerabilidade das crianças consumidoras: uma reflexão à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. **Revista Húmus**, v, 10, n. 28, p. 309-335, 2020. Disponível em:

[<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12140>]. Acesso em: 05 de jul. 2021.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação:** direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA). Resolução n.º 163, 13 de março de 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/blob/baixar/7559>. Acesso em 20 de set. 2024.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 10 de out. 2024.

_____. Decreto n.º 99.710/ 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm#:~:text=Considerando%20que%20o%20Governo%20brasileiro,Art. Acesso em 10 de out. 2024.

_____. Decreto 2.018/96. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2018.htm . Acesso em 10 de out. 2024.

_____. Decreto n.º 2.181/1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em 10 de out. 2024.

_____. Decreto n.º 6.117/2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6117.htm. Acesso em 10 out. 2024.

_____. Lei n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 10 de out. 2024.

_____. Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 10 de out. 2024.

_____. Lei n.º 9.294/1996 (Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm. Acesso em 10 de out. 2024.

_____. Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 10 de out. 2024.

_____. SENADO. Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 499, de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134851>. Acessado em 10 de out. 2024.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial (REsp) n.º 1.583.083. Julgado em 4/5/2017, DJe de 17/5/2017.

_____. _____. Recurso Especial (REsp) nº 1.597.380. Julgado em 4/5/2017, DJe de 17/5/2017.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.311, J. 14/09/2022, DJ 10/10/2022. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório anual - 2000. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/OEA_CIDH_relatorio54_2001_casoMariadaPenha.pdf. Acesso em 10 de out. 2024.

CARVALHO, Diógenes Faria de; OLIVEIRA, Thaynara de Souza Oliveira. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Revista de direito do Consumidor**. vol. 94, p. 181 – 211, Jul – Ago, 2014.

CONAR. Código. Súmulas. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em 10 de out. 2024.

_____. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/Codigo-CONAR-2024.pdf> Acesso em 10 de out. 2024.

_____. Guia de boas práticas para a publicidade online voltada ao público infantil. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/guia-infantil-conar.pdf>. Acesso em 20 de set. 2024.

_____. Sobre o CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em 10 de out. 2024.

MATOS, Anderson Linhares; MELO, Álisson José Maia. A atuação do Conar diante da publicidade de bebida alcoólica nas redes sociais: o caso da cerveja Bohemia nas *lives* do cantor Gustavo Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 213-237. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.

MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do conselho nacional da criança e do adolescente - CONANDA. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95, p. 459 – 495, Set - Out / 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto. Autorregulamentação da publicidade: um estudo de modelos europeus e norte-americano. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 112, p. 115 – 148, Jul - Ago / 2017.

_____. Publicidade enganosa e abusiva: uma análise sobre a efetividade do seu controle com base em decisões do STJ e do Conar. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 195-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022

_____. Publicidade para crianças: liberar, proibir ou regular? **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 116, p. 69 – 93, Mar - Abr / 2018.

_____. Valor e desvalor da livre iniciativa. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1–29, 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/450>. Acesso em: 13 out. 2024.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Lei 13.106 de 2015 e a luta por evitar o consumo de álcool por criança e adolescente. **Revista dos Tribunais**, vol. 962, p. 271 - 288, Dez / 2015.

PROCON-SP. Institucional. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/institucional/>. Acesso em 10 de out. 2024.

VIANA, Fernando Luiz E. Indústria de bebidas alcoólicas. **Caderno Setorial ETENE** (Escritório Técnico de Estudos Econômicos do Nordeste). Ano 7, nº 216, Março, 2022. Disponível em: https://www.bnb.gov.br/s482-dspace/bitstream/123456789/1159/3/2022_CDS_216.pdf. Acesso em 10 de out. 2024

¹ Muitas dessas leis são reconhecidas como das melhores do mundo na proteção dos respectivos sujeitos protegidos, como a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). As duas primeiras possuem matriz constitucional nos artigos 5º, XXXII, 170, V, e 227, da CF/88 e art. 48 do ADCT da CF/88, e a última é resultado do reconhecimento da responsabilidade do Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no Caso Maria da Penha Maia Fernandes *versus* Brasil. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório anual - 2000. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/OEA_CIDH_relatorio54_2001_casoMariadaPenha.pdf Acesso em 10 de out. 2024).

² Como veremos no decorrer deste trabalho, uma das principais críticas encontra-se no fato de que, para tais fins, apenas bebidas alcoólicas com teor alcoólico acima de 13º Gay-Lussac sofrem as restrições da Lei nº 9.294/1996.

³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

⁴ Para um estudo aprofundado da livre iniciativa, confira-se o trabalho de Adalberto Pasqualotto, o qual demonstra situações concretas em que a livre iniciativa deve ser avaliada conforme os efeitos sociais que ela provoca, considerando que a Constituição não se refere à livre iniciativa em si mesma, mas aos efeitos sociais que ela produz. PASQUALOTTO, Adalberto. Valor e desvalor da livre iniciativa. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1–29, 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/450>. Acesso em: 13 out. 2024.

⁵ Veja-se, dentre outros: AZEVEDO, Fernando Costa de; VASCONCELLOS, Estela Maris Foster. Hipervulnerabilidade das crianças consumidoras: uma reflexão à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. **Revista Húmus**, v. 10, n. 28, p. 309-335, 2020. Disponível em: [\[http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12140\]](http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12140). Acesso em: 05 de jul. 2021.

⁶ Confira-se o Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm#:~:text=Considerando%20que%20o%20Governo%20brasileiro,Art. Acesso em 10 de out. 2024.

⁷ Sobre as restrições constitucionais a direitos e seus limites, confira-se o parecer do professor Virgílio Afonso da Silva juntado na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.311, em que assim refere: “Em suma, a relação entre o direito geral e a cláusula de restrição, que, no caso em análise, são representados pelo direito geral à propaganda e a cláusula de restrição do art. 220, § 4º, é a seguinte: (a) o direito geral à propaganda é um direito restringível em inúmeros casos, não havendo direito absoluto à propaganda; (b) a cláusula de restrição deixa explícitos objetivos que o próprio constituinte impôs ao legislador ordinário e o libera do ônus argumentativo nesse

aspecto.” STF. ADI nº 3.311, J. 14/09/2022, DJ 10/10/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1312689&prcID=2246660>. Acesso em 13 de out. 2024.

⁸ BRASIL. Decreto nº 6.117/2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6117.htm. Acesso em 10 out. 2024.

⁹ “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, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (...)” (BRASIL. Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 10 de out. 2024). Sobre o direito do consumidor nas relações consumeristas, seja-nos permitido referenciar: BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.294/1996 (Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9294.htm. Acesso em 10 de out. 2024.

¹¹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2018.htm. Acesso em 10 de out. 2024.

¹² Segundo Fernando Luiz E. Viana, a cerveja foi responsável por 92,6% do consumo de bebidas alcoólicas (em volume) no Brasil em 2021. (VIANA, Fernando Luiz E. Indústria de bebidas alcoólicas. **Caderno Setorial ETENE** (Escritório Técnico de Estudos Econômicos do Nordeste). Ano 7, nº 216, Março, 2022. Disponível em: https://www.bnb.gov.br/s482-dspace/bitstream/123456789/1159/3/2022_CDS_216.pdf. Acesso em 10 de out. 2024).

¹³ “não poderá associar o produto ao esporte olímpico ou de competição, ao desempenho saudável de qualquer atividade, à condução de veículos e a imagens ou idéias de maior êxito ou sexualidade das pessoas” – art. 4º, § 1º (BRASIL. Lei nº 9.294/1996 (Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm. Acesso em 10 de out. 2024).

¹⁴ “Art. 9º Aplicam-se ao infrator desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e na Legislação de Telecomunicações, as seguintes sanções: I - advertência; II - suspensão, no veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, por prazo de até trinta dias; III - obrigatoriedade de veiculação de retificação ou esclarecimento para compensar propaganda distorcida ou de má-fé; IV - apreensão do produto; V – multa, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aplicada conforme a capacidade econômica do infrator; VI – suspensão da programação da emissora de rádio e televisão, pelo tempo de dez minutos, por cada minuto ou fração de duração da propaganda transmitida em desacordo com esta Lei, observando-se o mesmo horário. VII – no caso de violação do disposto no inciso IX do artigo 3ºA, as sanções previstas na Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo do disposto no art. 243 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. § 1º As sanções previstas neste artigo poderão ser aplicadas gradativamente e, na reincidência, cumulativamente, de acordo com as especificidades do infrator. § 2º Em qualquer caso, a peça publicitária fica definitivamente vetada.” (BRASIL. Decreto 2.018/96. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2018.htm. Acesso em 10 de out. 2024).

¹⁵ Art. 9º: “§ 3º Considera-se infrator, para os efeitos desta Lei, toda e qualquer pessoa natural ou jurídica que, de forma direta ou indireta, seja responsável pela divulgação da peça publicitária ou pelo respectivo veículo de comunicação” (BRASIL. Decreto 2.018/96. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2018.htm. Acesso em 10 de out. 2024).

¹⁶ Assim, ficou estabelecido que a fiscalização: “será exercida em todo o território nacional pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, pelos órgãos federais integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, pelos órgãos conveniados com a Secretaria e pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor criados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, em suas respectivas áreas de atuação e competência” (art. 9º). Ainda, dispõe o Decreto nº 2.181/1997 que: “A fiscalização de que trata este Decreto será efetuada por agentes fiscais, oficialmente designados, vinculados aos respectivos órgãos de proteção e defesa do consumidor, no âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, devidamente credenciados mediante Cédula de Identificação Fiscal, admitida a delegação mediante convênio” (art. 10). BRASIL. Decreto nº 2.181/1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em 10 de out. 2024.

¹⁷ Aos Procons compete esclarecer, conscientizar, educar e informar o cidadão sobre seus direitos e deveres enquanto consumidores, bem como orientar, receber, analisar e encaminhar reclamações, consultas e denúncias de consumidores e fiscalizar, preventivamente, os direitos do consumidor e aplicar as sanções, quando for o caso. Pioneira e exemplar no Brasil é a Fundação PROCON-SP, criada no ano de 1995. PROCON-SP. Institucional. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/institucional/>. Acesso em 10 de out. 2024.

¹⁸ Para o estudo dos modelos de regulação da publicidade em direito comparado recomenda-se a leitura de: PASQUALOTTO, Adalberto. Autorregulamentação da publicidade: um estudo de modelos europeus e norte-americano. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 112, p. 115 – 148, Jul - Ago / 2017.

¹⁹ “Observa-se que a atuação do Conar é de extrema relevância no controle da publicidade, principalmente quando se trata de bebida alcoólica e outras mercadorias com elevado potencial de ocasionar mazelas na saúde, visto que o órgão defende a liberdade de expressão com responsabilidade social, agindo sem provocar censura, o qual tem o respeito e consideração dos profissionais atuantes do meio. Aparentemente, há prestígio na instituição, movido pelo impulso ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelos responsáveis da propaganda e pela repercussão social promovida nas redes sociais, o que gera efeitos positivos para a preocupação em torno da publicidade de bebidas alcoólicas, mormente quando há intersecção com a publicidade infantil”. MATOS, Anderson Linhares; MELO, Álisson José Maia. A atuação do Conar diante da publicidade de bebida alcoólica nas redes sociais: o caso da cerveja Bohemia nas *lives* do cantor Gustavo Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 213-237. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.

²⁰ CONAR. Sobre o CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em 10 de out. 2024.

²¹ Neste sentido afirmam Matos e Melo: “Caso a denúncia seja reputada procedente, a decisão do Conar não é obrigatória, possuindo natureza de advertência, já que é um órgão não governamental. Anunciantes, empresas e veículos de comunicação obedecem segundo sua conveniência. Todavia, levando em consideração o respeito e a notoriedade desse órgão, tais envolvidos cumprem as recomendações do Conselho”. MATOS, Anderson Linhares; MELO, Álisson José Maia. A atuação do Conar diante da publicidade de bebida alcoólica nas redes sociais: o caso da cerveja Bohemia nas *lives* do cantor Gustavo Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 213-237. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.

²² Afirmar Pasqualotto que “A imensa maioria dos 134 integrantes do Conselho de Ética pertence a entidades diretamente relacionadas ao negócio da publicidade ou ao exercício da profissão de publicitário. Apenas 21 são considerados representantes da sociedade civil, entre os quais sete são jornalistas e somente cinco têm dados curriculares publicados; destes, quatro têm ligações diretas ou indiretas com a propaganda” (PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade para crianças: liberar, proibir ou regular? **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 116, p. 69 – 93, Mar - Abr / 2018).

²³ Também nas palavras de Pasqualotto: “Fechado sobre si mesmo, o CONAR não tem transparência e compromete a sua legitimidade para cumprir a sua função com valia social.” (PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade para crianças: liberar, proibir ou regular? **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 116, p. 69 – 93, Mar - Abr / 2018). No mesmo sentido: PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade enganosa e abusiva: uma análise sobre a efetividade do seu controle com base em decisões do STJ e do Conar. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 195-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022. Também associada a falta de transparência, segundo Pasqualotto, a insuficiência de fundamentação de suas decisões (“os julgados costumam ser expressos em poucas linhas, sem estrutura decisória, e muitas vezes sem fundamentar as decisões nos dispositivos do CBAP”) também é um problema. PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade enganosa e abusiva: uma análise sobre a efetividade do seu controle com base em decisões do STJ e do Conar. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 195-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.

²⁴ Para Pasqualotto: “No Conar, o sistema de autorregulamentação é visivelmente protetor do mundo dos negócios relacionados com a publicidade, especialmente os interesses corporativos dos anunciantes, dos veículos de comunicação social, que faturam com a publicidade, e das agências de publicidade, que a produzem. Uma entidade que cuida de comunicação deveria comunicar-se melhor e ser mais plural. A representação social é meramente simbólica” (PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade enganosa e abusiva: uma análise sobre a efetividade do seu controle com base em decisões do STJ e do Conar. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 195-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022).

²⁵ CONAR. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/Codigo-CONAR-2024.pdf> Acesso em 10 de out. 2024.

²⁶ Segundo a regulamentação, seriam aquelas normalmente consumidas durante as refeições.

²⁷ CONAR. Código. Súmulas. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em 10 de out. 2024.

²⁸ CONAR. Código. Súmulas. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em 10 de out. 2024.

²⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.311, J. 14/09/2022, DJ 10/10/2022.

³⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 22, Rel. Min. Cármen Lúcia, J. 22 de abril de 2015, DJ 05/03/2016.

³¹ BRASIL. SENADO. Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 499, de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134851>. Acessado em 10 de out. 2024.

³² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial (REsp) nº 1.583.083. Julgado em 4/5/2017, DJe de 17/5/2017.

³³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial (REsp) nº 1.597.380. Julgado em 4/5/2017, DJe de 17/5/2017.

³⁴ No caso do tabaco, o Centro de Estudos sobre Tabaco e Saúde (CETAB) da Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP)/Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) administra o Observatório sobre as Estratégias da Indústria do Tabaco,

o qual serve de modelo para outras iniciativas semelhantes. Disponível em: <https://actbr.org.br/post/indice-da-interferencia-da-industria-do-tabaco-brasil-2023/19638/>. Acesso em 30 de set. 2024.

³⁵ Veja-se: PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade para crianças: liberar, proibir ou regular? **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 116, p. 69 – 93, Mar - Abr / 2018.

³⁶ MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do conselho nacional da criança e do adolescente - CONANDA. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95, p. 459 – 495, Set - Out / 2014.

³⁷ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA). Resolução n.º 163, 13 de março de 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/blob/baixar/7559>. Acesso em 20 de set. 2024.

³⁸ CARVALHO, Diógenes Faria de; OLIVEIRA, Thaynara de Souza Oliveira. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Revista de direito do Consumidor**. vol. 94, p. 181 – 211, Jul – Ago, 2014.

³⁹ Aponta como exemplos de cuidados a serem seguidos que: “a. crianças e adolescentes não figurarão, de qualquer forma, em anúncios; qualquer pessoa que neles apareça deverá ser e parecer maior de 25 anos de idade; b. as mensagens serão exclusivamente destinadas a público adulto, não sendo justificável qualquer transigência em relação a este princípio. Assim, o conteúdo dos anúncios deixará claro tratar-se de produto de consumo impróprio para menores; não empregará linguagem, expressões, recursos gráficos e audiovisuais reconhecidamente pertencentes ao universo infanto-juvenil, tais como animais “humanizados”, bonecos ou animações que possam despertar a curiosidade ou a atenção de menores nem contribuir para que eles adotem valores morais ou hábitos incompatíveis com a menoridade; c. o planejamento de mídia levará em consideração este princípio, devendo, portanto, refletir as restrições e os cuidados técnica e eticamente adequados. Assim, o anúncio somente será inserido em programação, publicação ou website dirigidos predominantemente a maiores de idade. Diante de eventual dificuldade para aferição do público predominante, adotar-se-á programação que melhor atenda ao propósito de proteger crianças e adolescentes; d. os websites pertencentes a marcas de produtos que se enquadrarem na categoria aqui tratada deverão conter dispositivo de acesso seletivo, de modo a evitar a navegação por menores”. (CONAR. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/Codigo-CONAR-2024.pdf> Acesso em 10 de out. 2024). (grifou-se).

⁴⁰ CONAR. Guia de boas práticas para a publicidade online voltada ao público infantil. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/guia-infantil-conar.pdf>. Acesso em 20 de set. 2024.

⁴¹ Segundo Antonio Jorge Pereira Júnior, “A atmosfera que menores de 18 anos encontram ao redor de si convida-lhes a antecipar experiências. Também com a bebida alcoólica. Isso acontece em momento que poderiam investir no desenvolvimento de outras virtualidades. A curiosidade é própria da idade e o desejo de imitação adulto é imenso” (PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Lei 13.106 de 2015 e a luta por evitar o consumo de álcool por criança e adolescente. **Revista dos Tribunais**, vol. 962, p. 271 - 288, Dez / 2015).

⁴² Cláusula de advertência da Resolução nº 03/08 do CONAR referente ao anexo “T” dedicado aos “Ices e Bebidas Assemelhadas”.

⁴³ Na Espanha, na região da Galícia e em outras regiões autônomas, projeta-se proibir a venda de energéticos a menores de idade já a partir de 2024. Além dos malefícios próprios das bebidas definidas como “energéticos”, sabe-se que também essas bebidas facilitam o consumo de bebidas alcoólicas entre crianças e adolescentes, que as misturam em razão do caráter adocicado do energético, tornando mais palatável o consumo da bebida de alto teor alcoólico, ingerida de forma misturada com ele (assim como ocorre, no caso do tabaco, com os aromatizadores de sabor). Veja-se: <https://elpais.com/sociedad/2023-10-23/siete-autonomias-se-plantean-regular-la-venta-de-bebidas-energeticas-a-menores-como-hara-galicia.html>. Acesso em 10 out. 2023.

⁴⁴ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Publicidade enganosa e abusiva: uma análise sobre a efetividade do seu controle com base em decisões do STJ e do Conar. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 139. ano 31. p. 195-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.

A PUBLICIDADE E OS MENORES EM PORTUGAL: UMA PERSPETIVA SOBRE AS NORMAIS LABORAIS E DE CONSUMO

Paulo Ventura¹

Rute Couto²

Susana Ferreira dos Santos³

RESUMO

O artigo analisa a relação dos menores com a publicidade em Portugal, em duas vertentes jurídicas: o Direito do Trabalho e o Direito do Consumo. Na primeira perspetiva, o trabalho versa sobre a participação dos menores em espetáculos ou em atividades de natureza cultural, artística e publicitária (e, em especial, as atividades publicitárias). Esta participação é regulada pelos artigos 2.º a 11.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, e o nosso principal objetivo é a análise de cada um dos artigos referenciados, com espírito crítico e com foco nas suas principais implicações práticas. Na segunda perspetiva, atentamos na vulnerabilidade dos menores como consumidores face às práticas comerciais e publicitárias a eles direcionadas, de modo particular no marketing digital. Empreendemos uma análise crítica da regulação vigente em Portugal (designadamente o regime jurídico da publicidade e práticas comerciais, comunicação comercial audiovisual e proteção de dados pessoais), destacando as suas insuficiências e tendo em vista uma maior eficácia na tutela dos direitos das crianças e jovens.

Palavras-Chave: menores; publicidade; menores em atividades de natureza cultural, artística e publicitária; Lei n.º 105/2009; consumidor; marketing digital; proteção de dados pessoais.

RESUMEN

El artículo analiza la relación entre los menores y la publicidad en Portugal desde dos perspectivas jurídicas: el derecho del trabajo y el derecho del consumidor. Desde la primera perspectiva, el trabajo aborda la participación de los menores en espectáculos o actividades de carácter cultural, artístico y publicitario (y, en particular, las actividades publicitarias). Esta participación está regulada en los artículos 2 a 11 de la Ley 105/2009, de 14 de septiembre, y nuestro principal objetivo es analizar críticamente cada uno de los artículos en cuestión y centrarnos en sus principales implicaciones prácticas. Desde la segunda perspectiva, analizamos la vulnerabilidad de los menores como consumidores ante las prácticas comerciales y publicitarias dirigidas a ellos, especialmente en el marketing digital. Realizamos un análisis crítico de la normativa vigente en Portugal (en concreto, el marco jurídico de la publicidad y las prácticas comerciales, la comunicación comercial audiovisual y la protección de datos

¹ Licenciado em Solicitoria pela Escola Superior de Comunicação, Administração e Turismo (EsACT), do Instituto Politécnico de Bragança (IPB). Mestrando em Administração Autárquica, na EsACT-IPB. instituição. Bolseiro de Investigação no IPB.

² Licenciada e Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Doutorada em Direito pela Escola de Doutoramento Internacional da Universidade de Santiago de Compostela. Professora-Adjunta do Instituto Politécnico de Bragança. Vice-Presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (apDC).

³ Licenciada e Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Doutorada em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade da Corunha. Professora-Adjunta do Instituto Politécnico de Bragança. Dirigente da Delegação da apDC de Trás-os-Montes.

personales), destacando sus carencias y con vistas a hacerla más eficaz en la protección de los derechos de los niños y jóvenes.

Palabras Clave: Menores; Publicidad; Menores En Actividades Culturales, Artísticas Y Publicitarias; Ley 105/2009; consumidor; marketing digital; protección de datos personales.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. PERSPETIVA DO DIREITO DO TRABALHO: 2.1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO LABORAL; 2.2. A PARTICIPAÇÃO DOS MENORES EM ATIVIDADES DE NATUREZA PUBLICITÁRIA (E AINDA CULTURAL E ARTÍSTICA); 2.2.1 ANÁLISE DOS ARTIGOS 2.º A 11.º DA LEI N.º 105/2009; 2.2.2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES. 3. PERSPETIVA DO DIREITO DO CONSUMO: 3.1 IMPACTO DA PUBLICIDADE NOS MENORES; 3.2 ENQUADRAMENTO JURÍDICO; 3.3 ANÁLISE CRÍTICA E DESAFIOS FUTUROS. 4. CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Em Portugal, tem existindo algum debate (mas nunca o suficiente) sobre a proteção dos menores na publicidade. Existe um conjunto de diplomas nacionais e supranacionais que visa a proteção dos menores em variados âmbitos, incluindo na área da publicidade. Estamos perante um tema multidisciplinar, em que se relacionam várias áreas científicas⁴, se bem que a nossa análise é jurídica, limitando-se à participação dos menores em atividades publicitárias (e nem sequer conseguiremos abordar tudo o que é relevante neste âmbito) e à publicidade que tem como destinatários os menores. Para todos os efeitos, adiante-se, desde já, que independentemente da área do saber, a preocupação é sempre comum: o bem-estar e desenvolvimento saudável dos menores.

Assim, a escolha do tema justifica-se pela sua evidente relevância jurídico-social e pela necessidade de perceber se existe um regime jurídico coeso, eficaz e, acima de tudo, capaz de proteger os menores. Além disso, e em caso afirmativo, perceber se o cumprimento das normas é fiscalizado pelas entidades competentes ou se estamos perante normas sem exequibilidade, em que os anunciantes não são responsabilizados pelas suas práticas.

A nossa metodologia baseia-se na pesquisa e análise da legislação aplicável, complementada pela revisão de documentos oficiais, relatórios e estudos, com o objetivo de avaliar a eficácia das normas vigentes e a conformidade das práticas publicitárias.

⁴ Uma reflexão muito interessante, na área da Psicologia, sobre os benefícios e as possíveis sequelas da participação dos menores em espetáculos, vide SARA BAHIA (et al.). *Fama Enganadora*, 2008, p. 207-242.

1 PERSPETIVA DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO LABORAL

O panorama do Direito Internacional e do Direito da União Europeia revela uma clara preocupação com a salvaguarda dos direitos dos menores, evidente em todos os instrumentos relevantes. O âmago desta proteção é o direito ao crescimento pessoal, à educação e formação dos menores e à defesa da sua saúde física e psíquica. Vejamos a título exemplificativo.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais⁵ prevê, entre inúmeras regras, que as “crianças e adolescentes devem ser protegidos contra a exploração económica e social” e que no caso de a atividade exercida “comprometer a sua moralidade ou a sua saúde, capazes de pôr em perigo a sua vida, ou de prejudicar o seu desenvolvimento normal” devem existir sanções⁶. Por sua vez, os Estados signatários da Convenção dos Direitos da Criança⁷ devem proteger “o direito da criança contra a exploração económica ou a sujeição a trabalhos perigosos ou capazes de comprometer a sua saúde ou o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social”⁸.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem várias convenções que visam proteger os direitos das crianças e regular o trabalho de menores: a Convenção n.º 138 da OIT (sobre a idade mínima para admissão ao emprego); e a Convenção n.º 182 da OIT (eliminação das piores formas de trabalho infantil), entre outras.⁹

No âmbito da União Europeia, temos a importante Diretiva n.º 94/33/CE do Conselho, de 22 de junho de 1994¹⁰, relativa à proteção dos jovens no trabalho. O seu artigo 4.º estipulou que os Estados poderiam estabelecer, por via legislativa ou por via regulamentar, que a proibição do trabalho infantil não se aplicasse às crianças que exercessem atividades de natureza cultural, artística, desportiva ou publicitária. O artigo seguinte sujeitava a possibilidade de as crianças participarem neste tipo de atividades de uma autorização emitida por autoridade competente e para cada caso individualmente considerado. Mais uma vez,

⁵ O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais foi aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de julho.

⁶ Cfr. Artigo 10.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

⁷ A Convenção dos Direitos da Criança foi ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro, e por Decreto do Presidente da República n.º 49/90, da mesma data.

⁸ Cfr. artigo 32.º da Convenção dos Direitos da Criança.

⁹ Convenção n.º 79 da OIT (trabalho noturno de menores - indústria); Convenção n.º 90 da OIT (trabalho noturno de menores – comércio e escritórios); Convenção n.º 77 e Convenção n.º 78 da OIT (exames médicos de menores).

¹⁰ Publicada no JOCE L n.º 216/12, de 20 de agosto de 1994.

incumbia aos Estados-membros a aprovação de regras sobre este processo de autorização, desde que não causassem prejuízo à segurança, saúde e desenvolvimento dos menores, nem prejudicassem a sua assiduidade escolar.¹¹

No quadro nacional, a Constituição da República Portuguesa (CRP) prevê a incumbência do Estado em assegurar uma especial proteção do trabalho dos menores (artigo 59.º n.º 2 c) CRP), bem como a proibição do trabalho de menores em idade escolar (artigo 69.º n.º 3 CRP). O Código Civil (CC) define menor como aquele que ainda não completou 18 anos (artigo 122.º CC). A sua incapacidade apenas terminará quando completar essa idade ou no caso de emancipação pelo casamento (artigo 129.º CC)¹² e a emancipação atribui ao menor plena capacidade de exercício de direitos (artigo 133.º CC). Todavia, a idade mínima de admissão para prestar trabalho é de 16 anos, por força do Código do Trabalho¹³ (CT). São os artigos 66.º a 83.º CT que regulam o trabalho dos menores, mas existem outros diplomas fundamentais nesta temática. A Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro¹⁴, regula, nos seus artigos 2.º a 11.º, a participação do menor em atividades de natureza cultural, artística ou publicitária (será este o diploma alvo da nossa análise). A Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro,¹⁵ que aprovou o regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho, nos artigos 61.º a 72.º, estipula as atividades proibidas a menor, bem como os trabalhos condicionados a menor com idade igual ou superior a 16 anos.

2.2 A PARTICIPAÇÃO DOS MENORES EM ATIVIDADES DE NATUREZA PUBLICITÁRIA (E AINDA CULTURAL E ARTÍSTICA)

Este regime aplica-se a todos os menores com idade inferior a 16 anos. A participação em atividades de natureza publicitária, seja de menores, seja de maiores de idade, privilegia o contrato de prestação de serviço. Trata-se da modalidade contratual ajustada à natureza e às exigências específicas das atividades em questão. Cabe ressaltar que as normas

¹¹ Relativamente a esta Diretiva, ANTÓNIO BENTES DE OLIVEIRA questiona “o estabelecimento da idade de 13 anos para omitir o controlo a montante e de primeira linha ao conteúdo da sua prestação laboral concretizada pela autorização administrativa prévia”. Cfr. *Trabalho de menores em espetáculos e publicidade*, 2000, p. 204.

¹² Segundo o artigo 132.º CC “o menor é, de pleno direito, emancipado pelo casamento”. O artigo 1601.º a) CC consagra como impedimento dirimente, “obstando ao casamento da pessoa a quem respeitam com qualquer outra, a idade inferior a dezasseis anos”.

¹³ O Código do Trabalho foi aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, e já sofreu 23 alterações.

¹⁴ Este diploma sofreu alterações introduzidas pelas Leis n.º 60/2018, de 21 de agosto, n.º 93/2019, de 4 de setembro, e n.º 13/2023, de 3 de abril.

¹⁵ Com a última alteração introduzida pela Lei n.º 79/2019, de 2 de setembro.

que disciplinam a atividade dos menores em atividades de natureza cultural, artística ou publicitária, aplicam-se aos menores que celebrem contratos de prestação de serviço.¹⁶

A regulamentação da participação dos menores em atividades de natureza artística, cultural ou publicitária é essencial por várias razões: pela vulnerabilidade dos menores, se bem que possa existir um aumento gradual da maturidade e capacidade de discernimento com o avançar da idade do próprio menor; pelo respeito da sua dignidade e pelo não comprometimento do seu bem-estar físico e psicológico e com as suas atividades escolares; até pela responsabilização social da indústria publicitária, como forma de incentivo a abordagens mais responsáveis nas campanhas e consciência das possíveis repercussões sociais. Se bem que:

A participação dos menores em espetáculos e atividades similares preocupe tão pouco a sociedade, que tende a confundir lazer, com passatempo, onde tudo parece fácil e tudo parece dado¹⁷.

O primeiro Código do Trabalho Português¹⁸ (de 2003), revogado há muito, estipulou que a participação de menores em espetáculos e outras atividades seria objeto de regulamentação em legislação especial (artigo 70.º), atendendo assim às disposições da Diretiva n.º 94/33/CE do Conselho, de 22 de junho de 1994¹⁹. Em 2004, foi aprovada a Regulamentação ao Código do Trabalho²⁰ e a participação de menores em espetáculos foi regulada pelos artigos 138.º a 146.º. O CT de 2003 foi, entretanto, revogado em 2009, mas manteve-se a regra no atual artigo 81.º CT, em que se estipula que “a participação do menor em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária é regulada em legislação específica”. Estão em causa os artigos 2.º a 11.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, aos quais dedicaremos a nossa atenção.

Na esteira do Acórdão n.º 262/2020, do Tribunal Constitucional, “os preceitos dos artigos 2.º a 11.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, são, com efeito, expressão da evolução legislativa que ao longo das últimas décadas incrementou a atenção para as necessidades de proteção especial do menor em ordem a alcançar o desenvolvimento harmonioso da sua

¹⁶ Cfr. artigo 3.º, n.º 4, da Lei 7/2009, de 12 de fevereiro.

¹⁷ Cfr. MARGARIDA PORTO, *A participação de menor em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária*, 2010, p.14.

¹⁸ O primeiro Código do Trabalho foi aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto.

¹⁹ Sobre a evolução legislativa desta matéria (cujo primeiro diploma data de 1927), vide MARTA MACEDO, *Trabalho Infantil - As Crianças no Mundo do Espetáculo, Moda e Publicidade*, 2015, p. 69 e 70. In <https://repositorium.sdum.uminho.pt/>.

²⁰ A regulamentação foi aprovada pela Lei n.º 35/2004, de 29 de julho.

personalidade, integrando um sistema jurídico em que a criança é titular de direitos e liberdades fundamentais”²¹.

2.2.1 ANÁLISE DOS ARTIGOS 2.º A 11.º DA LEI N.º 105/2009

A) Atividades permitidas a menor – Artigo 2.º

1 - O menor pode participar em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária, designadamente como ator, cantor, dançarino, figurante, músico, modelo ou manequim.

2 - A situação prevista no número anterior não pode envolver contacto com animal, substância ou atividade perigosa que possa constituir risco para a segurança ou a saúde do menor.

3 - Sem prejuízo do previsto no número anterior, o menor só pode participar em espetáculos que envolvam animais desde que tenha pelo menos 12 anos e a sua atividade, incluindo os respetivos ensaios, decorra sob a vigilância de um dos progenitores, representante legal ou irmão maior.

4 - Constitui contraordenação muito grave, imputável à entidade promotora da atividade, a violação do disposto nos n.os 2 e 3, podendo ser aplicada a sanção acessória de publicidade da condenação, nos termos gerais, e ainda, tendo em conta os efeitos gravosos para o menor ou o benefício económico retirado pela entidade promotora:

- a) Interdição do exercício de profissão ou atividade cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública;
- b) Privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidade ou serviço público;
- c) Encerramento de estabelecimento cujo funcionamento dependa de autorização ou licença de autoridade administrativa.

O legislador demonstra uma clara preocupação com a segurança e com o bem-estar dos menores. Desde logo, faz uma enumeração exemplificativa das atividades que podem estar em causa. Assim, para além de ator, cantor, dançarino, figurante, músico, modelo ou manequim, podemos acrescentar apresentadores, locutores de rádio, comediantes, marionetistas, artistas circenses, artistas tauromáquicos²², entre outras. Saliente-se, desde já, que as entidades promotoras, no âmbito das atividades publicitárias, poderão ser agências de publicidade, produtoras audiovisuais, empresas, os próprios canais de televisão ou plataformas *streaming*, entre outras.

O facto de os menores não poderem estar em contacto com animais, substâncias ou atividades perigosas reflete, de igual modo, uma abordagem consciente em relação à sua

²¹ Cfr. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200262.html>. O Tribunal Constitucional decidiu “não julgar inconstitucional a norma resultante dos artigos 2.º, n.º 1, 5.º, n.ºs 1 a 3, e 7.º, n.º 2, da Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, no sentido de que os menores apenas podem participar em programas de televisão após pedido e concessão de autorização pela CPCJ (...)”.

²² Relativamente ao acesso e exercício da atividade de artista tauromáquico, vide Lei n.º 31/2015, de 23 de abril. O seu artigo 3.º n.º 4 sujeita a participação de menor à autorização ou comunicação da CPCJ, nos termos previstos na Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro.

segurança e saúde²³. Temos, neste âmbito, de remeter para a Lei n.º 102/2009, a fim de conhecer as substâncias e atividades que podem constituir um risco. A participação em eventos que envolvam animais é permitida apenas para menores que tenham pelo menos 12 anos; não obstante, mesmo com a exigida supervisão, parece-nos razoável questionar se a idade de 12 anos é apropriada ou não para permitir essa participação, tendo em conta o desenvolvimento do menor e os riscos associados.

A aplicação de sanções para a violação das regras previstas no n.º 2 e n.º 3 deste artigo poderá ser uma medida eficaz a fim de garantir o cumprimento das regras por parte das entidades promotoras, mas implementar e fiscalizar essas regras representa um enorme desafio.

B) Duração do período de participação em atividade – Artigo 3.º

1 - A participação do menor na atividade, incluindo ensaios e outros atos preparatórios, não pode exceder, consoante a idade daquele:

- a) Menos de 1 ano, uma hora por semana;
- b) De 1 a menos de 3 anos, duas horas por semana;
- c) De 3 a menos de 7 anos, duas horas por dia e quatro horas por semana;
- d) De 7 a menos de 12 anos, três horas por dia e nove horas por semana, podendo qualquer dos limites ser excedido até três horas, caso o acréscimo de atividade ocorra em dia sem atividades escolares;
- e) De 12 a menos de 16 anos, quatro horas por dia e doze horas por semana, podendo qualquer dos limites ser excedido até três horas, caso o acréscimo de atividade ocorra em dia sem atividades escolares.

2 - Durante o período de aulas, a atividade do menor deve não coincidir com o horário escolar, respeitar um intervalo mínimo de uma hora entre ela e a frequência das aulas e não impossibilitar de qualquer modo a participação em atividades escolares.

3 - A atividade do menor deve ser suspensa pelo menos um dia por semana, coincidente com dia de descanso durante o período de aulas.

4 - A atividade pode ser exercida em metade do período de férias escolares e não pode exceder, consoante a idade do menor:

- a) De 6 a menos de 12 anos, seis horas por dia e doze horas por semana;
- b) De 12 a menos de 16 anos, sete horas por dia e dezasseis horas por semana.

5 - Em situação referida nas alíneas c) a e) do n.º 1 ou no número anterior deve haver uma ou mais pausas de, pelo menos, trinta minutos cada, de modo que a atividade consecutiva não seja superior a metade do período diário referido naqueles preceitos.

6 - O menor só pode exercer a atividade entre as 8 e as 20 horas ou, tendo idade igual ou superior a 7 anos e apenas para participar em espetáculos de natureza cultural ou artística, entre as 8 e as 24 horas.

7 - Os n.os 1 a 5 são aplicáveis a menor que esteja abrangido pela escolaridade obrigatória.

8 - Constitui contraordenação muito grave, imputável à entidade promotora, a violação do disposto no presente artigo, podendo ser aplicadas as sanções acessórias referidas no n.º 4 do artigo anterior.

²³ De acordo com os dados constantes do Relatório Anual de Avaliação da Atividade das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) no ano de 2023, “nenhum requerimento fez referência à existência de contacto com substâncias ou atividades perigosas; contudo, dois fazem referência a contacto com animais.”. Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM RISCO. *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ* do ano de 2023. Lisboa. 2024, p. 132. Disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades>.

A duração do período de participação nas atividades varia consoante a idade do menor²⁴ e os limites temporais incluem os ensaios e outros atos preparatórios (tais como, por exemplo, sessões fotográficas, provas de guarda-roupa, testes de câmara e de som, entre outros). A definição das idades mínimas, bem como dos limites de horas, parece-nos adequada, mas impõe-se uma revisão periódica a fim de ajustar essas regras, ouvindo para o efeito especialistas em desenvolvimento infantil (v.g. pediatras, psicólogos, educadores, professores). Na verdade, as idades sofreram alterações (cfr. artigo 138.º da revogada Lei n.º 35/2004, de 29 de julho²⁵, que aprovou a Regulamentação ao Código do Trabalho, e o atual artigo 3.º da Lei n.º 105/2009); todavia, este artigo mantém-se em vigor desde 2009, não tendo sofrido qualquer alteração.

O legislador estabelece que durante o período de aulas, a atividade artística do menor não deverá coincidir com o seu horário escolar, respeitando um intervalo mínimo de uma hora e não deverá impedir a participação do menor em atividades escolares. Durante metade do período de férias, a lei é mais complacente e permite ao menor exercer a atividade num maior número de horas diárias e semanais, respeitando, todavia, os limites estabelecidos no n.º 4 do artigo em análise.

Da leitura do n.º 6, concluímos que o menor que preste atividade em atividades publicitárias, só o poderá fazer entre as 8 e as 20 horas. Mesmo que o menor tenha idade igual ou superior a 7 anos, apenas poderá prestar a atividade entre as 8h e as 24h, se estiverem em causa espetáculos de natureza cultural ou artística²⁶. Parece-nos que o legislador excluiu as atividades de cariz publicitário deste intervalo de tempo mais longo.

Estas regras protetoras previstas nos n.ºs 1 a 5 do artigo 3.º aplicam-se aos menores abrangidos pela escolaridade obrigatória. A Lei n.º 85/2009, de 27 de agosto²⁷, estabeleceu o regime da escolaridade obrigatória para as crianças e jovens que se encontram em idade escolar.

²⁴ De acordo com os dados constantes do Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ no ano de 2023, “a maioria das crianças frequenta anos de escolaridade do 1.º Ciclo do Ensino Básico (do 1.º ao 4.º ano de escolaridade), do 2.º Ciclo do Ensino Básico (do 5.º ou 6.º ano de escolaridade), seguindo-se a Educação Pré-escolar”. Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM RISCO. *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ* do ano de 2023. Lisboa. 2024, p. 131. Disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades>.

²⁵ O n.º 1 do artigo 140.º estipulava que “a atividade do menor não pode exceder, consoante a idade deste: a) Menos de 3 anos - uma hora por semana ou duas horas por semana a partir de 1 ano de idade; b) Entre 3 e 6 anos - duas horas por dia e quatro horas por semana; c) Entre 7 e 11 anos - três horas por dia e seis horas por semana; d) Entre 12 e 15 anos - quatro horas por dia e oito horas por semana.”

²⁶ “Não é surpreendente verificar-se que uma percentagem considerável de menores exerce, independentemente da sua frequência, exposições artísticas à noite, depois das 20 horas, já que muitos dos espetáculos onde os menores também participam, tais como os espetáculos circenses, concertos musicais e teatros, são exibidos à noite”. Cfr. INÊS PEREIRA, *Caracterização das actividades dos menores em espectáculo, moda e publicidade*, 2004, p. 82.

²⁷ Este diploma apenas sofreu as alterações introduzidas pela Lei n.º 65/2015, de 3 de julho, mas o artigo 2.º mantém a sua redação originária.

Considera-se idade escolar “as crianças e jovens com idades compreendidas entre os 6 e os 18 anos” (artigo 2.º n.º 1) e, ainda, que “a escolaridade obrigatória cessa com a obtenção do diploma de curso conferente de nível secundário da educação; ou independentemente da obtenção desse diploma, no momento do ano escolar em que o aluno perfaça 18 anos” (artigo 2.º n.º 4). Note-se que a maioria dos alunos concluiu a escolaridade obrigatória por volta dos 17/18 anos (consoante o seu aniversário seja no 1.º ou 2.º semestre do ano). Logo, quando o legislador refere que estas regras são aplicáveis aos menores abrangidos pela escolaridade obrigatória, ficam abrangidos todos (ou quase todos) os menores com idade inferior a 16 anos. No relatório anual de avaliação da atividade das CPCJ referente a 2023, existiram apenas três menores autorizados a participar em atividades de natureza, cultural, artística ou publicitária que frequentam o ensino secundário²⁸. Tratar-se-ão de menores com 15 anos a frequentar o nível secundário (provavelmente inscritos no 10.º ano de escolaridade), mas deverá ser uma situação pouco comum.

C) Responsabilidade por acidente de trabalho – Artigo 4.º

1 - O menor tem direito a reparação de danos emergentes de acidente de trabalho, nos termos do correspondente regime geral, assumindo, para este efeito, a entidade promotora a posição de empregadora.

2 - A entidade promotora deve transferir a responsabilidade por acidente de trabalho para entidade autorizada por lei a realizar este seguro.

3 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto no número anterior, podendo ser aplicadas as sanções acessórias previstas no n.º 4 do artigo 2.º em caso de reincidência em contraordenação praticada com dolo ou negligência grosseira.

O artigo equipara o menor ao trabalhador e a entidade promotora à entidade empregadora, remetendo para o regime geral, que se encontra consagrado na Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro (com as últimas alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro), mais comumente designada por Lei dos Acidentes de Trabalho (LAT). No nosso país vigora o chamado “sistema misto”: a responsabilidade de reparação das doenças profissionais cabe ao Departamento de Proteção contra os Riscos Profissionais da Segurança Social (instituto público que faz parte da administração indireta do Estado); por sua vez, os acidentes de trabalho são cobertos por um seguro obrigatório junto de entidades privadas (as seguradoras).

²⁸ Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM RISCO. *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ* do ano de 2023. Lisboa. 2024, p. 131. Disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades>.

D) Autorização ou comunicação de participação em atividade – Artigo 5.º

1 - A participação de menor em atividade referida no artigo 2.º está sujeita a autorização ou comunicação.

2 - A comunicação só pode ter lugar no caso de participação que decorra num período de vinte e quatro horas e respeite a menor com, pelo menos, 13 anos de idade que não tenha participado, nos 180 dias anteriores, em atividade a que se refere o artigo 2.º.

3 - É competente para a autorização e para receber a comunicação referidas no n.º 1 a Comissão de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) cuja área abranja o domicílio do menor ou, na sua falta, aquela cuja sede estiver mais próxima, funcionando em comissão restrita.

4 - A autorização é válida pelo período da participação do menor na atividade a que respeita, no máximo de nove meses, devendo ser renovada sempre que a participação for de duração superior.

5 - Constitui contraordenação muito grave, imputável à entidade promotora, a violação do disposto nos n.os 1, 2 ou 4, podendo ser aplicadas as sanções acessórias referidas no n.º 4 do artigo 2.º.

A participação de menor nas atividades referidas no artigo 2.º exige autorização²⁹ ou, em certos casos, apenas comunicação. A Comissão de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) da área do domicílio do menor, ou a mais próxima, é a entidade responsável por conceder a autorização ou receber a comunicação³⁰. Esta autorização apenas é válida pelo “período da participação do menor na atividade a que respeita”, mas a duração máxima são nove meses, devendo assim ser renovada sempre que a participação do menor seja por tempo superior.

A lei consagrou uma exceção ao regime geral de autorização, em que permite uma comunicação, mas apenas em situações muito específicas³¹. Para que a comunicação seja suficiente devem ser cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições:

- i) A participação do menor na atividade deve ter uma duração máxima de 24 horas;
- ii) O menor deve ter, no mínimo, 13 anos de idade;
- iii) O menor não pode ter participado, nos 180 dias anteriores, em atividades semelhantes.

²⁹ De acordo com o Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ no ano de 2023 “26 CPCJ (8,36%) referiram ter recebido 101 requerimentos de autorização para participação de crianças em espetáculos ou em outras atividades de natureza cultural, artística ou publicitária (mais 39 que em 2022)”. Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM RISCO. *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ* do ano de 2023. Lisboa. 2024, p. 133. Disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades>.

³⁰ O artigo 12.º da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, na sua redação atual, Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, refere que as CPCJ “são instituições oficiais não judiciais com autonomia funcional que visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou pôr termo a situações suscetíveis de afetar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral”.

³¹ Em 2023, as CPCJ receberam 12 comunicações (o triplo das apreciadas no ano de 2022). Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM RISCO. *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ* do ano de 2023. Lisboa. 2024, p. 132. Disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades>.

Toda a atividade das CPCJ existentes no nosso país (mais de 300) é acompanhada pelo Ministério Público, com o objetivo, entre outros, de “apreciar a legalidade e a adequação” das suas decisões³², assegurando assim que a proteção dos direitos das crianças e jovens é efetivamente garantida e respeitada.

E) Pedido de autorização de participação em atividade – Artigo 6.º

1 - A entidade promotora da atividade requer a autorização por escrito, indicando os seguintes elementos:

- a) Identificação e data do nascimento do menor;
- b) Estabelecimento de ensino frequentado pelo menor se este estiver abrangido pela escolaridade obrigatória;
- c) Atividade em que o menor participará e local onde a mesma se realiza;
- d) Tipo de participação do menor, referenciada através de sinopse detalhada;
- e) Duração da participação do menor, que pode ser para uma ou várias atuações, por uma temporada ou outro prazo certo, ou ainda o período em que o espetáculo permaneça em cartaz ou outro prazo incerto;
- f) Número de horas diárias e semanais de atividade do menor em atuação e atos preparatórios;
- g) Pessoa disponível para, sendo caso disso, vigiar a participação do menor.

2 - O requerimento deve ser instruído com:

- a) Ficha de aptidão que certifique que o menor tem capacidade física e psíquica adequadas à natureza e à intensidade da sua participação, emitido pelo médico do trabalho da entidade promotora, depois de ouvido o médico assistente do menor;
- b) Declaração do horário escolar e informação sobre o aproveitamento escolar do menor abrangido pela escolaridade obrigatória, emitidas pelo estabelecimento de ensino;
- c) Autorização dos representantes legais do menor, que deve mencionar os elementos referidos nas alíneas c) a f) do número anterior;
- d) Parecer de sindicato e de associação de empregadores representativos sobre a compatibilidade entre a participação prevista e a idade do menor ou, na falta de resposta, prova de que o mesmo foi solicitado pelo menos cinco dias úteis antes da apresentação do requerimento;
- e) Apreciação da entidade promotora relativamente a parecer desfavorável do sindicato ou da associação de empregadores, caso exista.

3 - São competentes para dar parecer sobre o pedido:

- a) Qualquer sindicato representativo da atividade a exercer pelo menor, que tenha celebrado uma convenção coletiva que abranja a atividade promovida pela requerente;
- b) Qualquer associação de empregadores em que a entidade promotora esteja inscrita, ou que tenha celebrado convenção coletiva que abranja a atividade promovida pela requerente.

4 - À renovação da autorização aplica-se o disposto nos números anteriores.

Em 2023, destacaram-se “os pedidos de autorização para atividades em contexto televisivo, para participação na atividade de ator ou atriz, sobretudo em contexto televisivo”³³.

³² Cfr. artigo 72.º n.º 2 da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, na sua redação atual, Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

³³ Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM RISCO. *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ* do ano de 2023. Lisboa. 2024, p. 133. Disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades>.

Não se consegue averiguar os pedidos de autorização no âmbito publicitário, uma vez que os relatórios anuais da atividade das CPCJ são omissos quanto a este ponto.

Para a autorização (bem como renovação) da participação do menor, devem as entidades promotoras apresentar um requerimento à CPCJ, por escrito, respeitando um conjunto de rigorosas condições. Compreende-se a intenção do legislador; não obstante, o extenso rol de requisitos poderá levar a um processo burocrático exagerado, desencorajando algumas entidades promotoras no cumprimento das regras. Estão envolvidos o médico do trabalho da entidade promotora, o médico do menor, a escola do menor e ainda os sindicatos e associações de empregadores.

Senão vejamos. A avaliação da capacidade física e psíquica do menor poderia ser simplificada e um relatório do médico de família do menor ser suficiente. Embora se perceba a *ratio legis* da exigência dos pareceres dos sindicatos e associações de empregadores, questionamos a necessidade de envolver estas entidades. Simplificar o atual processo de autorização, que é burocrático e excessivo, não significaria facilitar a participação dos menores nas atividades, nem comprometer a sua proteção; apenas criar um sistema mais ágil, não dissuasor do cumprimento das regras.

F) Deliberação da comissão de proteção de crianças e jovens – Artigo 7.º

1 - Antes de deliberar sobre o requerimento, a CPCJ deve ouvir o menor em causa, sempre que tal seja possível.

2 - A CPCJ autoriza a participação do menor se a atividade, o tipo de participação e o correspondente número de horas por dia e por semana respeitarem o disposto nos artigos anteriores e não prejudicarem a segurança, a saúde, o desenvolvimento físico, psíquico e moral, a educação e a formação do menor.

3 - A Comissão pode autorizar a participação com a condição de que esta decorra sob a vigilância de um dos representantes legais ou de pessoa maior indicada por estes.

4 - A decisão deve ser proferida no prazo de 20 dias.

5 - Considera-se deferido o requerimento que não seja decidido no prazo previsto no número anterior se os documentos referidos nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo anterior forem favoráveis à participação do menor na atividade ou se este já não estiver abrangido pela escolaridade obrigatória.

6 - Considera-se indeferido o requerimento que não seja decidido no prazo referido no n.º 4, sem prejuízo do previsto no número anterior.

7 - A autorização deve identificar a entidade promotora e mencionar os elementos referidos no n.º 1 do artigo anterior.

8 - A CPCJ comunica a autorização e o prazo de validade da mesma ao requerente, ao serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, aos representantes legais do menor e, caso este esteja abrangido pela escolaridade obrigatória, ao estabelecimento de ensino.

A lei consagra o direito de audição do menor, reconhecendo, assim, a sua autonomia, mesmo que seja limitada pela sua idade. O n.º 1 deste artigo estipula “sempre que tal seja possível”, conceito indeterminado, pois podem existir circunstâncias em que poderá não ser viável ouvir o menor: seja pela tenra idade, seja por limitações de tempo, entre outras situações. Não obstante a flexibilidade e subjetividade do conceito, acreditamos que as CPCJ localizadas no nosso país, e não são poucas, terão as mesmas linhas orientadoras³⁴.

A autorização só pode ser concedida, caso a atividade a desenvolver pelo menor não prejudique a sua educação, saúde, segurança e desenvolvimento físico, psíquico e moral. As CPCJ deverão, sobretudo, confiar na ficha de aptidão do médico de trabalho da entidade promotora (depois de ouvido o médico de família do menor). Não podemos descorar a possibilidade de atividades aparentemente “inócuas”, poderem ter impactos não intencionais.

De igual modo, a autorização só pode ser dada no caso da atividade, o tipo de participação e o número de horas por dia e por semana respeitarem as normas acima mencionadas. Quando estão em causa atividades publicitárias, a sua natureza e a duração não requer uma participação tão “prolongada”, como noutros espetáculos. Trata-se de uma participação que tende a ser pontual e com duração específica e, muitas das vezes, apenas com algumas horas de gravação.

A CPCJ terá de decidir no prazo de 20 dias e existem algumas singularidades quanto ao seu deferimento ou indeferimento tácito. Estamos perante “um exemplo claro na lei de desproteção dos direitos da criança e de desresponsabilização das CPCJ, ao permitir o deferimento tácito do requerimento do pedido de autorização”³⁵. Certo é que no ano de 2023, o relatório anual de avaliação da atividade das CPCJ revela que existiram 3 situações de deferimento tácito.³⁶ Poderá, ainda, autorizar a participação do menor, mas com a condição de que esta decorra sob a vigilância de um dos representantes legais ou de pessoa maior indicada

³⁴ AS CPCJ podem funcionar em comissão alargada ou restrita. A comissão alargada das CPCJ é composta por representantes de diversas entidades, incluindo um representante do município, da Segurança Social, do Ministério da Educação, do Ministério da Saúde, das instituições particulares de solidariedade social, das organizações não governamentais, das associações de pais e jovens, das forças de segurança, e de cidadãos eleitores com especial interesse ou aptidão na área das crianças e jovens em perigo. *Cfr.* artigo 17.º da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro. Por sua vez, “a comissão restrita é composta sempre por um número ímpar, nunca inferior a cinco dos membros que integram a comissão alargada” (há membros por inerência e outros escolhidos, sempre com o intuito de uma composição interdisciplinar e interinstitucional. *Cfr.* artigo 20.º do mesmo diploma.

³⁵ *Cfr.* MARTA MACEDO, *Trabalho Infantil - As Crianças no Mundo do Espetáculo, Moda e Publicidade*, 2015, p. 94. In <https://repositorium.sdum.uminho.pt/>.

³⁶ *Cfr.* COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM RISCO. *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ do ano de 2023*. Lisboa. 2024, p. 133. Disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades>.

por estes.³⁷ Trata-se de uma imposição importante e que evidencia o cuidado das CPCJ em atribuir responsabilidades aos representantes legais.

A CPCJ deverá, ainda, comunicar a autorização e o prazo da sua validade à entidade promotora, à Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT)³⁸, aos representantes legais do incapaz e caso este esteja abrangido pela escolaridade obrigatória³⁹ - e será difícil isso não acontecer - comunicar ao respetivo estabelecimento de ensino.

G) Procedimento de comunicação de participação em atividade – Artigo 8.º

1 - A entidade promotora comunica a participação de menor em atividade, por escrito, à CPCJ, com a antecedência mínima de cinco dias úteis, indicando os elementos referidos no n.º 1 do artigo 6.º, bem como a data e as horas de início e termo da participação.

2 - A comunicação deve ser acompanhada dos documentos a que se referem as alíneas a) a c) do n.º 2 do artigo 6.º.

Tendo em conta que a duração máxima da autorização dada pelas CPCJ são nove meses, tal significa que a entidade promotora poderá solicitar a participação de menores em atividades durante esse período. Esta obrigação de comunicar cada participação com a antecedência mínima de 5 dias úteis permite que as CPCJ tenham conhecimento de todas as atividades, assegurando que estão reunidas as condições de segurança e de bem-estar dos menores.

H) Celebração do contrato e formalidades – Artigo 9.º

1 - O contrato que titula a prestação de atividade do menor é celebrado entre os seus representantes legais e a entidade promotora, por escrito e em dois exemplares, devendo indicar a atividade a realizar e a duração da participação do menor, o correspondente número de horas por dia e por semana, a retribuição e a pessoa que exerce a vigilância do menor, no caso previsto no n.º 3 do artigo 7.º.

2 - O exemplar do contrato que ficar na posse da entidade promotora deve ter anexas cópias da autorização da CPCJ ou da comunicação feita a esta entidade, do certificado de que o menor tem capacidade física e psíquica adequadas e da declaração comprovativa do horário escolar inicial e de alterações que ocorram durante a validade

³⁷ Em 2023, a CPCJ exigiu em 23 situações que o menor fosse vigiado por um adulto. *Cfr.* COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM RISCO. *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ* do ano de 2023. Lisboa. 2024, p. 132. Disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades>.

³⁸ Existe um formulário próprio, disponível no *site* da ACT, intitulado “Comunicação de participação de menor em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária”. *Cfr.* <https://portal.act.gov.pt/Pages/Requerimento-Empregador.aspx>.

³⁹ A Lei n.º 85/2009, de 27 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 65/2015, de 3 de julho, elevou a escolaridade obrigatória até ao diploma de curso conferente de nível secundário da educação.

da autorização, se o menor estiver abrangido pela escolaridade obrigatória, bem como de documento comprovativo do seguro de acidentes de trabalho.

3 - Antes do início da atividade do menor, a entidade promotora deve enviar cópia do contrato e dos anexos ao serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, bem como ao estabelecimento de ensino de menor abrangido pela escolaridade obrigatória.

4 - Constitui contraordenação grave, imputável à entidade promotora, a violação do disposto neste artigo, podendo ser aplicadas as sanções acessórias previstas no n.º 3 do artigo 2.º em caso de reincidência em contraordenação praticada com dolo ou negligência grosseira.

O artigo 9.º regula a celebração do contrato de prestação de serviço entre os representantes legais e a entidade promotora e é exigida a forma escrita (exceção ao princípio da liberdade de forma). No contrato deverá constar a atividade a realizar e a duração da participação, o número de horas diárias e semanais, a respetiva retribuição e a pessoa que exercerá a vigilância do menor, se for o caso. O contrato deverá ser feito em dois exemplares: um para os representantes legais e outro para a entidade promotora. Neste último caso, deverá ter em anexo cópias da autorização da CPJC, do certificado de capacidade física e psíquica do menor, a declaração do horário escolar e do documento que comprove a celebração de um seguro de acidentes de trabalho. É obrigação da entidade promotora o envio de cópia de todos os documentos para a ACT e para o estabelecimento de ensino do menor.

I) Consequências de alteração do horário ou do aproveitamento escolar de menor— Artigo 10.º

1 - Em caso de alteração de horário, o estabelecimento de ensino deve comunicar de imediato tal facto à entidade promotora, à CPCJ e aos representantes legais do menor.

2 - Quando o período de validade da autorização abranger mais de um ano escolar, os representantes legais do menor devem enviar à entidade promotora e à CPCJ, no início de novo ano escolar, uma declaração de horário escolar emitida pelo estabelecimento de ensino.

3 - Nas situações referidas nos números anteriores, para que a prestação da atividade do menor possa prosseguir, a entidade promotora deve proceder às alterações do horário necessárias para respeitar o disposto nos n.os 2 e 3 do artigo 3.º, e comunicá-las ao estabelecimento de ensino e à CPCJ.

4 - No caso de menor abrangido pela escolaridade obrigatória, o estabelecimento de ensino deve comunicar à CPCJ qualquer relevante diminuição do aproveitamento escolar ou relevante afetação do comportamento do menor durante o prazo de validade da autorização.

5 - Sempre que a atividade exercida pelo menor tenha como consequência uma relevante diminuição do aproveitamento escolar ou uma relevante afetação do seu comportamento, a CPCJ notifica a entidade promotora para que lhe apresente, bem como ao serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, aos representantes legais do menor e, caso este esteja abrangido pela escolaridade obrigatória, ao estabelecimento de ensino, uma alteração das condições de participação adequada a corrigir a situação.

6 - A CPCJ revoga a autorização sempre que não seja feita a alteração prevista no número anterior ou esta não seja adequada a corrigir a situação.

7 - A CPCJ notifica a revogação da autorização à entidade promotora e às demais entidades referidas no n.º 5.

8 - A revogação prevista no n.º 6 produz efeitos 30 dias após a notificação, salvo se existirem riscos graves para o menor, caso em que a CPCJ determina a data de produção de efeitos.

9 - Constitui contraordenação grave, imputável à entidade promotora, a violação do disposto no n.º 3, podendo ser aplicadas as sanções acessórias previstas no n.º 4 do artigo 2.º em caso de reincidência em contraordenação praticada com dolo ou negligência grosseira.

Consagram-se mecanismos de supervisão constante do impacto da atividade do menor relativamente ao seu rendimento escolar, assim como a adaptação do horário das atividades com as exigências escolares. A lei exige comunicações frequentes entre escola e CPCJ; entre a CPCJ e entidade promotora e ACT, sempre que *“esteja em causa a diminuição do aproveitamento escolar ou uma relevante afetação do seu comportamento do menor”*. Na primeira situação, o desempenho escolar do menor sofre uma “quebra”; já na segunda, estarão em causa alterações no comportamento do menor, como por exemplo, desmotivação, atitudes agressivas, falta de atenção e de concentração. Há, então, uma responsabilidade partilhada entre a escola, os representantes legais e a CPCJ, o que exige uma rigorosa coordenação entre todos. A CPCJ tem competência para revogar a autorização concedida⁴⁰, de forma a assegurar o não comprometimento do sucesso escolar, da segurança e do bem-estar do menor (produz efeitos, em regra, 30 dias após a notificação à entidade promotora, à ACT e aos representantes legais do menor).

J) Autorização judicial – Artigo 11.º

1 - Caso a CPCJ não autorize a participação ou revogue autorização anterior, os representantes legais do menor podem requerer ao tribunal de família e menores que autorize a participação ou mantenha a autorização anterior, observando-se, até ao trânsito em julgado, a deliberação da CPCJ.

2 - Ao processo referido no número anterior é aplicável, com as devidas adaptações, o regime do processo judicial de promoção e proteção previsto no diploma que regula a CPCJ.

A lei prevê a possibilidade de os representantes legais requererem ao tribunal de família e menores a autorização da participação ou a manutenção da autorização anterior, mas, ao que sabemos, não será frequente (até porque a maioria dos pedidos de autorização é deferida). O regime a que se refere o legislador é o regime do processo judicial de promoção e

⁴⁰ Em 2023 não existiu qualquer revogação de autorização. Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM RISCO. *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ* do ano de 2023. Lisboa. 2024, p. 132. Disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades>.

proteção previsto na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro (última alteração introduzida pela Lei n.º 23/2023, de 25 de maio). Este diploma regula, de igual modo, as competências, composição e funcionamento das CPCJ, como já referenciado.

2.2.2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Há uma lacuna neste regime jurídico: ausência de uma regra sobre a retribuição auferida pelo menor no desempenho das suas atividades. Ao que sabemos, a legislação francesa, fonte de inspiração do legislador português, regula a questão da retribuição de forma específica, o que não acontece no regime jurídico português.

O artigo L.7124-9 do *Code du Travail*, alterado pela Lei n.º 2020-1266, de 19 de outubro⁴¹, estabelece que parte da retribuição recebida pelo menor pode ser colocada à disposição dos representantes legais; todavia, a parte restante, denominada pela lei como *pécule*, deverá ser paga e gerida pela *Caisse des Dépôts et Consignations* até à maioridade do menor ou até à sua emancipação (esta última parte acrescentada pela nova versão da lei, ficando claro que o controlo pela instituição cessa quando o menor se emancipa)⁴². Quer na anterior, quer na atual redação da lei, consagra-se a possibilidade de levantamentos de dinheiro, relativamente ao *pécule*, desde que autorizados pela instituição financeira, apenas em casos de urgência e de forma excecional.

Consideramos que é de enaltecer a consagração de um regime jurídico para a prestação do menor numa atividade cultural, artística ou publicitária. O busílis da questão é saber se estas normas têm ou não aplicação prática no ordenamento jurídico português e se o regime contraordenacional incentiva ao seu cumprimento (questão da letra-morta). Há uma década, o próprio Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPJC referia que “os dados obtidos, muito provavelmente, estão longe de refletir a realidade da participação de crianças e jovens com menos de 16 anos de idade neste tipo de atividades em todo o país”.⁴³ Para além da pequena quantidade de requerimentos de autorização apresentados ao longo dos anos, os números refletem todas as atividades de natureza artística, cultural ou publicitária, uma vez as

⁴¹ A Lei n.º 2020-1266, de 19 de outubro de 2020, reforçou a proteção dos menores no contexto de atividades culturais, artísticas e publicitárias.

⁴² A anterior redação da lei referia tão só que “*en cas d’émancipation, il est à nouveau statué*”.

⁴³ Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM RISCO. *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ* do ano de 2015. Lisboa. 2016, p. 142. Disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades>.

atividades não são discriminadas, apenas sabemos que a maioria dos pedidos é no contexto televisivo para ator ou atriz. Desta forma, nem conseguimos perceber quais os pedidos de autorização relacionados com a prestação de atividade na área da publicidade.

2 PERSPETIVA DO DIREITO DO CONSUMO

3.1 IMPACTO DA PUBLICIDADE NOS MENORES

Os menores participam no mercado de consumo na tripla qualidade⁴⁴ de adquirentes de bens ou serviços, influenciadores das escolhas e compras do agregado familiar, e futuros consumidores visados por estratégias de fidelização das marcas. Numa aceção estritamente contratual, podem ser qualificados como consumidores quando celebrem validamente negócios jurídicos próprios da sua vida corrente, ao alcance da sua capacidade natural e que impliquem despesas de pequena importância, e que constituem assim uma exceção à sua incapacidade de exercício de direitos. Mas numa aceção mais ampla e que aqui nos importa refletir, os menores são acima de tudo consumidores potenciais, expostos a práticas comerciais e destinatários da publicidade a eles dirigida ou que os atinge.

Nessa medida, apesar de consumidor e destinatário da publicidade serem, do ponto de vista normativo, conceitos distintos, “os menores ‘consumidores’, o são, por via da publicidade que, intencionalmente ou não, os atinge por alguma forma”.⁴⁵ Todavia, enquanto consumidores, os menores possuem uma dupla vulnerabilidade, pois conjugam a natural vulnerabilidade dos consumidores na relação de consumo com a vulnerabilidade inerente à sua condição de pessoa menor, em processo de desenvolvimento biopsicológico.⁴⁶ No que se refere à publicidade, por crescerem “entre ecrãs”⁴⁷, são sujeitos a estímulos publicitários excessivos e repetitivos, mas sem possuírem ainda as competências necessárias para os perceberem numa lógica persuasiva e com finalidades comerciais, sobretudo nas faixas etárias mais baixas ou quando a publicidade surge dissimulada em conteúdos de entretenimento.

⁴⁴ Vários autores se referem a esta tripla qualidade. Cfr., inter alia, IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 70.

⁴⁵ Cfr. MARGARIDA ALMADA BETTENCOURT, *Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição?*, 2007, p. 163.

⁴⁶ Cfr. DIÓGENES FARIA DE CARVALHO e THAYNARA DE SOUZA OLIVEIRA, *A Categoria Jurídica de ‘Consumidor-Criança’ e sua Hipervulnerabilidade no Mercado de Consumo Brasileiro*, 2015, p. 223.

⁴⁷ Cfr. estudos na Entidade Reguladora da Comunicação Social, designadamente o “Crescendo entre Ecrãs. Usos de Meios Eletrónicos por Crianças (3-8 Anos)” e “Boom Digital? Crianças (3-8 anos) e Ecrãs”, disponíveis em <https://www.erc.pt/pt/estudos/consumos-de-media/>.

Os efeitos da publicidade direcionada a menores manifestam-se a múltiplos níveis.⁴⁸ Desde logo, no incentivo a consumos e comportamentos alimentares pouco saudáveis, nocivos para a saúde física e mental, conducente a obesidade infantil e outras doenças, bem como a desordens alimentares como a anorexia e a bulimia. Estes incentivos operam frequentemente pela associação de alimentos a entretenimento (o designado *eatertainment*⁴⁹), concretizada em publicidade que utiliza ídolos, personagens ou mascotes, bem como na oferta de brinquedos ou brindes com as refeições infantis. Por outro lado, o consumismo estimulado pela publicidade é potencialmente causador de sobre-endividamento, conflitos familiares, *bullying* nos grupos em que os bens de consumo são fator de integração, comportamentos desviantes ou situações de frustração e ansiedade. A publicidade pode ainda promover comportamentos violentos ou agressivos e a hipersexualização das crianças, bem como a criação ou manutenção de estereótipos, preconceitos ou discriminação de género, racial ou outra.

Todos estes riscos são ampliados pela onnipresença das tecnologias e pela imersão dos menores nas plataformas digitais, numa constante fusão da vida real e virtual⁵⁰. Comparativamente com os media tradicionais, o ambiente digital é mais propício à personalização publicitária e ao aproveitamento comercial feito dos dados recolhidos, na medida em que se caracteriza:

Cada vez mais pela geração, acumulação e controlo de uma enorme quantidade de dados sobre os consumidores, que podem ser combinados com a utilização de algoritmos e IA para transformar estes dados em informações passíveis de utilização para fins comerciais”.⁵¹

Estudos evidenciam que nas redes sociais, jogos online e aplicações móveis, as crianças são diretamente visadas em estratégias de marketing sofisticadas e pouco transparentes, com impacto subliminar e significativo no seu comportamento.⁵² E no

⁴⁸ Cfr. Parecer do Comité Económico e Social Europeu, sobre “um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças” (2012/C 351/02), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012IE0138&from=EN>.

⁴⁹ Cfr. PABLO JOSÉ ASSOLINI cit. por EKATERINE KARAGEORGIADIS, *Lanches Acompanhados de Brinquedos: Comunicação Mercadológica Abusiva Dirigida à Criança e Prática de Venda Casada*, 2014, p. 15.

⁵⁰ Cfr. TIAGO CECÍLIO, TERESA COELHO MOREIRA e ALEXANDRE SANTOS, *A protecção dos menores na sociedade da informação: desafios criados pelas redes sociais*, 2016, p. 262.

⁵¹ Cfr. Orientações sobre a interpretação e a aplicação da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno - Comunicação da Comissão 2021/C 526/01 (p. 99), disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021XC1229%2805%29>.

⁵² Cfr. Estudo da Comissão Europeia *Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behaviour*, disponível em https://commission.europa.eu/publications/study-impact-marketing-through-social-media-online-games-and-mobile-applications-childrens-behaviour_en.

ecossistema móvel, as aplicações direcionadas a crianças são das mais utilizadas para recolha de dados (*tracking*) por terceiros, permitindo que essas empresas identifiquem os utilizadores e acompanhem o seu comportamento em múltiplos serviços digitais.⁵³ No domínio dos jogos digitais, os *advergames*, em que as marcas ou produtos são o elemento central do jogo, constituem publicidade oculta e favorecem o condicionamento emocional dos jovens, ao desenvolver uma associação positiva àquelas marcas ou produtos.⁵⁴ E várias questões tem sido também suscitadas pela presença, no jogo, de elementos de sorte e azar, como sejam as *lootboxes*, uma espécie de “baús de tesouro/mistério”, que incentivam os jogadores a gastar dinheiro real para adquirir itens aleatórios, através de técnicas de marketing opaco e agressivo, com o risco de vício e exploração da vulnerabilidade cognitiva e emocional das crianças e jovens.⁵⁵

Um relatório recente relativo a práticas manipulativas de marketing digital direcionadas a crianças e jovens⁵⁶ sintetiza muitas destas preocupações. O estudo revelou quatro grandes táticas de persuasão utilizadas pelos profissionais de marketing digital e que desafiam a literacia publicitária, sobretudo quando combinadas: *integração* de mensagens comerciais em conteúdo não comercial; *interação* pelo envolvimento em atividades e conteúdos; *personalização* de anúncios baseada na recolha de dados pessoais; e *emoção*, evocando uma resposta emocional em associação a certos produtos. O mesmo estudo identifica o marketing com influenciadores e em jogos digitais como estratégias com impacto significativo, na medida em que utilizam técnicas que dificultam a distinção entre conteúdo publicitário e entretenimento, com a probabilidade dos apelos emocionais se tornarem ainda mais prevaletentes com os avanços da Inteligência Artificial. Apesar de dar nota do papel do setor do marketing no fornecimento de conteúdos e serviços de elevada qualidade às crianças, a investigação reconhece os desafios decorrentes de práticas complexas e imersivas e o seu

⁵³ Cfr. REUBEN BINNS [et al.], *Third Party Tracking in the Mobile Ecosystem*, 2018.

⁵⁴ Cfr. VALERIE VERDOODT, DAMIAN CLIFFORD e EVA LIEVENS, *Toying with children's emotions, the new game in town? The legality of advergames in the EU*, 2016, p. 599

⁵⁵ Cfr. o Estudo do Parlamento Europeu *Loot boxes in online games and their effect on consumers, in particular young consumers*, disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652727/IPOL_STU\(2020\)652727_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652727/IPOL_STU(2020)652727_EN.pdf), e o Relatório Conselho de Consumidores Norueguês *Insert Coin: How the gaming industry exploits consumers using loot boxes*, disponível em <https://storage02.forbrukerradet.no/media/2022/05/2022-05-31-insert-coin-publish.pdf>.

⁵⁶ O estudo *Manipulative digital marketing practices targeting children and young people* foi elaborado por investigadores da Universidade de Ghent, no âmbito da iniciativa *AdWiseOnline*, campanha realizada em parceria entre a Comissão Europeia, os Centros Europeus para uma Internet mais segura e os Centros Europeus do Consumidor (ECC-Net), no âmbito do projeto *Better Internet for Kids*. A investigação analisa o quadro jurídico europeu nesta matéria, incluindo a Diretiva relativa às Práticas Comerciais Desleais, a Diretiva relativa aos Serviços de Comunicação Social Audiovisual, o Regulamento dos Serviços Digitais, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados e o Regulamento da Inteligência Artificial. Cfr. materiais da campanha e texto completo do relatório de investigação disponíveis em <https://better-internet-for-kids.europa.eu/en/adwiseonline>.

impacto nos direitos das crianças, tais como a liberdade de expressão, privacidade e proteção contra a exploração económica.

Entre nós, foi recentemente concluído o estudo de avaliação de impacto da lei que introduziu restrições à publicidade alimentar dirigida a menores de 16 anos.⁵⁷ Apesar de dados positivos quanto ao cumprimento das restrições e evolução do perfil nutricional dos alimentos, o estudo revelou que subsiste uma exposição elevada dos menores a publicidade a alimentos com um perfil nutricional desadequado, designadamente pela apresentação de conteúdos apelativos para crianças (20% dos anúncios analisados) e perfil nutricional inadequado aos critérios definidos pela Direção-Geral da Saúde (65% dos produtos publicitados), sendo 80% das infrações detetadas no segmento online. Ficaram patentes as dificuldades de monitorização e fiscalização do marketing digital, já que as empresas investem em áreas, canais e estratégias menos fiscalizados, tais como o patrocínio, a utilização de sistemas de verificação da idade para acesso aos conteúdos dos sites, a “alegação” de que o conteúdo não é dirigido para menores de 16 anos, e o *brand marketing* com o uso de personagens e mascotes.

Trazemos aqui um caso que, na realidade brasileira, ilustra a atualidade da presente reflexão sobre a vulnerabilidade dos menores simultaneamente enquanto intervenientes e destinatários da publicidade. O Instituto Alana, através do programa Criança e Consumo, apresentou uma denúncia contra a Meta precisamente por permitir que “influenciadores mirins” (6 a 17 anos) promovessem sites de apostas no Instagram. A denúncia alega que tal prática representa uma exploração comercial abusiva de menores, hipervulneráveis e mais suscetíveis a serem induzidos em erro pela publicidade, sobretudo quando expostos precocemente a conteúdos de jogos de apostas, o que pode afetar o seu desenvolvimento e desencadear comportamentos de risco e vícios em jogos. Outro ponto central da denúncia é a exploração do trabalho artístico infantil, já que as crianças e adolescentes envolvidos na promoção de casas de apostas são utilizados pelos anunciantes para aumentar a sua base de clientes, tirado partido da vulnerabilidade dos influenciadores mais novos e do seu público jovem, que acabam por ser

⁵⁷ A Lei n.º 30/2019, de 23 de abril, que aditou ao Código da Publicidade restrições à publicidade alimentar dirigida a menores, previa uma avaliação de impacto, a cada 5 anos, com compilação dos indicadores relevantes e ponderação da implementação das alterações consideradas adequadas para melhoria da saúde e hábitos alimentares dos menores. O primeiro desses estudos de avaliação de impacto, em 2024, resultou num relatório do grupo de trabalho da Direção-Geral da Saúde, Direção-Geral do Consumidor, Direção-Geral da Educação e Direção-Geral de Alimentação e Veterinária. O estudo incluiu a auscultação a associações representantes dos setores económicos do setor agroalimentar, comunicação, publicidade e marketing e outras entidades, bem como entidades da sociedade civil, da academia e sociedades científicas e profissionais na área da saúde pública e nutrição. *Cfr.* Estudo de avaliação de impacto da Lei n.º 30/2019, de 23 de abril, que introduz restrições à publicidade alimentar dirigida a menores de 16 anos – Relatório do grupo de trabalho criado pelo Despacho n.º 12980/2023, de 19 de dezembro, disponível em https://nutrimento.pt/wp-content/uploads/2024/07/Estudo-de-Avaliacao-da-Lei-30-2019_Publicidade-e-marketing-alimentar_VF.pdf.

aliciados para um ambiente perigoso e de risco. Entre os principais riscos apontados estão a recolha indevida de dados, o contacto com comportamentos problemáticos de jogadores compulsivos, o assédio de adultos nas plataformas, a exploração por indivíduos mal-intencionados e a normalização das apostas como uma atividade recreativa e lucrativa. Além disso, o Instituto critica a Meta por ser conivente com estas práticas, pela falha no sistema de verificação da idade e registo e pela ausência de mecanismos eficazes para denunciar publicidades de apostas.⁵⁸

Pela sua transversalidade, destacamos ainda uma queixa apresentada pela organização europeia de consumidores BEUC contra a plataforma de partilha de vídeos *TikTok*, por múltipla violação dos direitos do consumidor na União Europeia e falhas na proteção dos menores face a publicidade oculta e conteúdos inadequados. A queixa abarca: as cláusulas dos “termos de serviço” da plataforma, por serem pouco claras, ambíguas e favorecerem o *TikTok* em detrimento dos seus utilizadores; a “política de itens virtuais”, que permite que os utilizadores comprem moedas que utilizam para oferecer presentes virtuais às celebridades do *TikTok*, e que contém cláusulas abusivas e práticas enganosas, como sejam o direito absoluto da plataforma de alterar a taxa de câmbio entre as moedas e os presentes; as falhas na proteção das crianças e adolescentes da publicidade oculta (por exemplo, pelo incitamento em participar em desafios de *hashtag* de marca) e conteúdos potencialmente nocivos, como vídeos de conteúdo sugestivo; e as práticas da *TikTok* para o tratamento dos dados pessoais dos utilizadores, pouco transparentes quanto aos dados que são recolhidos e com que finalidade ou fundamento legal.⁵⁹

3.2 ENQUADRAMENTO JURÍDICO

A Agenda do Consumidor Europeu 2020-2025 traduz as prioridades das políticas europeias de defesa do consumidor, entre as quais a transformação digital e as necessidades específicas de determinados grupos de consumidores, particularmente vulneráveis. A idade está entre os fatores determinantes dessa vulnerabilidade, considerando-se as crianças e os menores

⁵⁸ Cfr. resumo e denúncia completa disponíveis em <https://criancaeconsumo.org.br/noticias/alana-denuncia-meta-jogos-de-aposta/>.

⁵⁹ A BEUC pretende que as autoridades iniciem uma investigação sobre as políticas e práticas da *TikTok* e que a plataforma restrinja severamente a recolha de dados, a criação de perfis e a publicidade direcionada a menores de 18 anos, em conformidade com a legislação da União Europeia. Cfr. informações e documentos relativos à ação, disponíveis em <https://www.beuc.eu/tiktok>.

como particularmente expostos em linha a práticas comerciais desleais e riscos para a sua segurança relacionados com os produtos.⁶⁰

Em Portugal, a lei de defesa do consumidor não faz qualquer referência ao consumidor menor de idade. No Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de março (adiante LPCD), que estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com consumidores, consideram-se especialmente desleais “as práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção” (artigo 6.º LPCD). A aferição do carácter desleal de uma prática comercial implica a ponderação, por um lado, da desconformidade na diligência do profissional e, por outro lado, da sua suscetibilidade de distorção do comportamento económico do consumidor, utilizando-se como referência o consumidor médio ou o membro médio do grupo ao qual a prática se destine (artigo 5.º LPCD). Atendendo às circunstâncias e características do caso concreto, serão enganosas as práticas que contenham informação falsa, que possam induzir em erro o consumidor ou omitam informação substancial (artigos 7.º e 9.º LPCD), e práticas agressivas aquelas em que a liberdade de escolha ou comportamento do consumidor sejam limitadas por assédio, coação ou influência indevida (artigo 11.º LPCD). No entanto, o mesmo regime dispensa esta avaliação casuística num conjunto de práticas comerciais consideradas desleais em qualquer circunstância, entre as quais a prática agressiva de “incluir em anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados” (artigo 12.º e) LPCD).⁶¹

Já o Código da Publicidade (CPub)⁶² consagra os princípios gerais da publicidade – licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor – e, neste

⁶⁰ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho “Nova Agenda do Consumidor - Reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável” COM(2020) 696 final, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0696&from=EN>.

⁶¹ Nas Orientações sobre a interpretação e a aplicação da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, a Comissão Europeia esclarece que determinar se uma determinada prática inclui ou não uma exortação direta às crianças implica ter em conta fatores “como a conceção das atividades de marketing, o meio utilizado para enviar o marketing, o tipo de linguagem utilizada, a presença de temas ou de personagens que podem ser particularmente apelativos para crianças, a existência de restrições de idade, o fornecimento de ligações diretas para efetuar compras, etc”. A Comissão esclarece ainda que os profissionais devem tomar medidas para proteger os menores contra a exortação direta, considerando não apenas o grupo-alvo pretendido, mas os consumidores que podem efetivamente ser atingidos pela prática - Cfr. Comunicação da Comissão 2021/C 526/01, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021XC1229%2805%29>.

⁶² Decreto-lei n.º 330/90, de 23 de outubro, na sua versão atual.

último, alude expressamente aos menores a propósito do direito do consumidor à saúde e segurança. Nos termos do artigo 13.º CPub, é proibida a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança, nomeadamente por deficiente informação acerca do produto e sua utilização, bem como a que apresente (salvo justificação de ordem pedagógica) elementos visuais ou situações onde a segurança não seja respeitada, devendo tais determinações ser particularmente acauteladas no caso da publicidade dirigida a crianças e adolescentes. Estabelece-se ainda a possibilidade de medidas cautelares (artigo 41.º CPub) de suspensão, cessação ou proibição - independentemente de culpa ou da prova de uma perda ou prejuízo real - de publicidade que acarrete ou possa acarretar riscos para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos menores.

Em termos de conteúdo da publicidade, o artigo 14.º n.º 1 CPub determina que publicidade dirigida a menores tenha em conta a sua *vulnerabilidade psicológica* e se abstenha de:

- a) Incitar diretamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço;
- b) Incitar diretamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão;
- c) Conter elementos suscetíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência;
- d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores.

O n.º 2 do mesmo normativo trata da questão da vulnerabilidade dos menores enquanto *intervenientes* na mensagem, ao dispor que “os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação direta entre eles e o produto ou serviço veiculado”. A doutrina aponta que os conceitos de relação direta e intervenientes principais são subjetivos e mais relacionados com a qualidade do que a quantidade desta intervenção⁶³.⁶⁴

⁶³ Cfr. PEDRO QUARTIN GRAÇA SIMÃO JOSÉ e MARGARIDA ALMADA BETTENCOURT, *Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-Membros da União Europeia*, 2003, p. 205. Os autores consideram que não ficam abrangidos pela proibição legal os menores como “figurantes mais destacados”, quando não haja possibilidade de dano na esfera jurídica dos menores e a sua utilização se deva a meros critérios de eficácia publicitária.

⁶⁴ Nessa esteira, refira-se uma decisão jurisprudencial, a propósito da intervenção de uma criança numa mensagem publicitária de veículos automóveis, em que considerou tratar-se de uma intervenção secundária e não principal, “quando é publicitada a marca e modelo de uma viatura em que uma criança não surge com qualquer protagonismo antes integrada num conjunto de pessoas em que o objetivo publicitário visa realçar a segurança da família” - Cfr. Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 21/02/2002, no Processo 0091119, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/>. O Ministério Público tinha recorrido da decisão do tribunal de primeira instância que absolveu as empresas envolvidas, alegando que a imagem da criança, apresentada de forma destacada e praticamente nua, violava o artigo 14.º, uma vez que a criança não tinha uma relação direta com o produto (as

Os menores figuram ainda no CPub entre as restrições ao objeto da publicidade, a propósito da publicidade a bebidas alcoólicas, publicidade em estabelecimentos de ensino ou destinada a menores, publicidade a produtos que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados e publicidade a jogos e apostas. Vejamos sucintamente cada uma dessas categorias de restrições.

A publicidade a bebidas alcoólicas (artigo 17.º CPub), independentemente do suporte de difusão, não se pode dirigir especificamente a menores nem os apresentar a consumir tais bebidas, sendo ainda vedada a menção a marcas de bebidas alcoólicas nas comunicações comerciais e publicidade a eventos desportivos, culturais, recreativos ou outros, em que participem menores. Do mesmo modo, em estabelecimentos de ensino, bem como em publicações, programas ou atividades especialmente destinados a menores (artigo 20.º CPub) é proibida a publicidade a bebidas alcoólicas, tabaco ou material pornográfico.

Quanto à publicidade a jogos e apostas (artigo 21.º CPub), a mesma deve ser efetuada de forma socialmente responsável, com respeito pela proteção dos menores e outros grupos vulneráveis, sendo expressamente proibida a publicidade de jogos e apostas que se dirija a menores ou os utilize enquanto intervenientes na mensagem. É ainda vedada a publicidade no interior de escolas ou outras infraestruturas destinadas à frequência de menores, ou a menos de 250 metros em linha reta de tais locais, bem como menções, explícitas ou implícitas, a jogos e apostas em locais onde decorram eventos destinados a menores ou em que estes participem como intervenientes principais.

Por último, em 2019 foram estabelecidas restrições à publicidade dirigida a menores de 16 anos de géneros alimentícios e bebidas que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados (artigo 20.º-A CPub), assim considerados como “aqueles que contenham uma quantidade dos referidos elementos que comprometa, de acordo com o conhecimento científico disponível, uma dieta variada,

carrinhas Volvo), era o elemento principal do anúncio, utilizado de forma a captar a atenção do público adulto para a aquisição de veículos, o que configura uma utilização abusiva da imagem do menor para fins comerciais. Por outro lado, as empresas envolvidas na campanha publicitária (a importadora da Volvo em Portugal, as agências publicitárias e os meios de comunicação) argumentaram que a utilização da imagem da criança estava diretamente relacionada com a promoção da segurança, característica distintiva dos veículos Volvo. A criança foi retratada sentada numa cadeira de segurança com o cinto de três pontos, invenção da marca, e a mensagem pública enfatizava essa preocupação com a segurança, especialmente no transporte de crianças. O tribunal, ao apreciar o recurso, entendeu que a utilização da imagem da criança não configurava uma violação ao Código da Publicidade, porquanto a criança não era um interveniente principal, mas sim um elemento acessório que reforçava a ideia de segurança familiar associada aos veículos publicitados. A mensagem central do anúncio não era para as crianças, mas sim a promoção das características de segurança dos veículos Volvo, que incluem cadeiras específicas para crianças e o cinto de três pontos. Neste sentido, a imagem da criança serviria apenas para ilustrar a proteção fornecida pelos veículos, não configurando um uso abusivo ou exploratório da imagem do menor.

equilibrada e saudável” (artigo 20.º-B CPub).⁶⁵ No âmbito dessas restrições, ficou proibida a publicidade a tais géneros alimentícios e bebidas em determinados locais (ou num raio circundante de 100 metros) como estabelecimentos de ensino pré-escolar, básico e secundário e atividades por eles organizados, e parques infantis públicos e abertos ao público. Em matéria de comunicação comercial audiovisual e digital, a proibição abrange serviços de programas televisivos e de comunicação audiovisual a pedido e na rádio nos 30 minutos anteriores e posteriores a programas infantis e a programas televisivos que tenham um mínimo de 25% de audiência inferior a 16 anos, na inserção de publicidade nas respetivas interrupções, publicidade nas salas de cinema, nos filmes com classificação etária para menores de 16 anos, publicações destinadas a menores de 16 anos e na internet, em sítios, páginas, redes sociais ou aplicações móveis quando os conteúdos se destinem a menores de 16 anos.

A publicidade a estes géneros alimentícios e bebidas deve ser clara, objetiva e não relacionar o consumo a potenciais benefícios para a saúde, de modo particular abstendo-se de:

- a) Encorajar consumos excessivos;
- b) Menosprezar os não-consumidores;
- c) Criar um sentido de urgência ou necessidade premente no consumo do produto anunciado;
- d) Transmitir a ideia de facilitismo na sua aquisição, minimizando os seus custos;
- e) Transmitir a ideia de benefício no seu consumo exclusivo ou exagerado, comprometendo a valorização de uma dieta variada e equilibrada e um estilo de vida saudável;
- f) Associar o consumo do produto à aquisição de estatuto, êxito social, especiais aptidões, popularidade, sucesso ou inteligência;
- g) Utilizar em anúncios publicitários figuras, desenhos, personalidades e mascotes, entre outros, que se encontrem relacionados com programas destinados ao público infantil;
- h) Comunicar características de géneros alimentícios e bebidas de elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados como benéficos para a saúde, omitindo os efeitos nocivos dos referidos teores elevados.

Também a Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (LT)⁶⁶ inclui, entre as obrigações gerais dos operadores, a de observar uma ética de antena que respeite o desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes (artigo 34.º LT) e insta à adoção de mecanismos de correção, autorregulação e cooperação para, entre outros, proteção das crianças e jovens e dos consumidores e reduzir a exposição das crianças e jovens a

⁶⁵ O Despacho n.º 7450-A/2019, de 21 de agosto, determina os valores a ter em conta na identificação de elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos trans.

⁶⁶ Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, na sua versão atual.

comunicações comerciais audiovisuais relativas a certos produtos (artigo 6.º LT). Os direitos específicos das crianças e jovens estão ainda incluídos nos limites à liberdade de programação (artigo 27.º LT)⁶⁷, sendo proibida a emissão de programas suscetíveis de prejudicar manifesta, séria e gravemente a livre formação da sua personalidade. Outros programas suscetíveis de influírem de modo negativo ficam condicionados a intervalos horários específicos e à difusão permanente de um identificativo visual apropriado. Nos serviços audiovisuais a pedido, exige-se ainda “a adoção de funcionalidades técnicas que permitam a quem esteja atribuído o exercício das responsabilidades parentais, se assim o entenderem, vedar o acesso das crianças e jovens a tais conteúdos” (n.º6).

No âmbito das comunicações comerciais audiovisuais⁶⁸, a proteção dos menores surge associada a um conjunto de restrições nos programas infantis:

- i) Proibição de tevenda durante programas infantis e nos quinze minutos imediatamente anteriores e posteriores à sua transmissão (artigo 40.º-B n.º 2 b) LT);
- ii) Proibição de publicidade em ecrã fracionado no decurso de programas infantis (artigo 40.º-B n.º 2 c) LT);
- iii) Períodos de programação mínimos de 30 minutos para que a transmissão de programas infantis possa ser interrompida por publicidade televisiva (artigo 40.º-B n.º 5 LT);
- iv) Proibição de colocação de produto nos programas infantis (artigo 41.º-A n.º 1 LT);
- v) Proibição da apresentação, durante programas infantis, “de qualquer tipo de mensagens comerciais suscetíveis de prejudicar o desenvolvimento integral, físico, mental ou emocional das crianças e jovens, designadamente as relativas aos alimentos e às bebidas previstos no artigo 20.º-A do Código da Publicidade” (artigo 41.º-B n.º 8 LT);
- vi) Proibição da inclusão das funcionalidades que permitam a passagem para ambiente interativo que contenha publicidade no decurso de programas infantis e nos cinco minutos imediatamente anteriores e posteriores à sua transmissão (artigo 41.º-D n.º 2 LT).

Em 2018, a União Europeia atualizou a Diretiva relativa aos Serviços de Comunicação Social Audiovisual, afirmando a convergência entre a televisão e os serviços de internet, num mercado em que “os hábitos de visualização, em particular das gerações mais jovens, mudaram significativamente. Embora o ecrã de televisão principal continue a ser um

⁶⁷ Nos termos do n.º 9 do artigo 27.º LT, estes limites abrangem “não só quaisquer elementos de programação, incluindo as comunicações comerciais audiovisuais e as mensagens, extratos ou imagens de autopromoção, como ainda serviços de teletexto, guias eletrónicos de programação e interfaces de acesso aos conteúdos”.

⁶⁸ Que abrange autopromoção, publicidade televisiva, tevenda, patrocínio, colocação de produto, ajuda à produção e comunicações comerciais audiovisuais virtuais. Todas as definições constam do artigo 2.º LT.

dispositivo importante de partilha de experiências audiovisuais, um grande número de telespetadores passou a utilizar outros dispositivos, nomeadamente portáteis, para ver conteúdos audiovisuais.” (Considerando 1 Diretiva). O novo instrumento legislativo visou, pois, aplicar determinadas regras do setor audiovisual aos serviços de *plataformas de partilha de vídeos* e serviços de *redes sociais* e garantir a proteção dos menores e dos consumidores na utilização destes serviços. O objetivo do legislador europeu foi garantir condições equitativas para os serviços digitais comparáveis, ou seja, que os modelos de negócio baseados em plataformas em linha fiquem sujeitos às mesmas regras dos modelos de negócio convencionais, com quem concorrem em termos de audiências, receitas e impacto. Em transposição da Diretiva, foi em 2020 aditado à LT um capítulo relativo às plataformas de partilha de vídeo, com deveres sobre os fornecedores dessas plataformas relativamente a direitos humanos e proteção de crianças e jovens “contra programas, vídeos gerados pelos utilizadores e comunicações comerciais audiovisuais suscetíveis de prejudicar o seu desenvolvimento integral, físico, mental ou emocional” (artigo 69.º-A LT) e proteção de consumidores, incluindo as crianças e jovens quanto às comunicações comerciais (artigo 69.º-B LT). Para assegurar os fins de proteção de menores e consumidores, foram definidas funcionalidades obrigatórias (artigo 69.º-C LT), incluindo sistemas de verificação da idade dos utilizadores e sistemas de controlo parental para conteúdos potencialmente prejudiciais ao desenvolvimento de crianças e jovens. Porquanto tais medidas e funcionalidades implicam o tratamento de dados pessoais de crianças e jovens, proíbe-se ainda o tratamento dos dados recolhidos para efeitos comerciais, como marketing direto, definição de perfis ou publicidade comportamental (artigo 93.º-B LT).

E falar da proteção dos menores face à publicidade implica – em particular, quanto à personalização da publicidade em ambiente digital – uma incontornável referência ao Regime Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)⁶⁹. “*As crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais*” (Considerando 38 RGPD) e esta proteção específica está presente em vários aspetos do Regulamento, designadamente quanto à transparência da informação, utilização de dados para finalidades comerciais e definição de perfis de comportamento, direito a ser esquecido, e consentimento no contexto de serviços disponibilizados diretamente às crianças.⁷⁰

⁶⁹ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.

⁷⁰ Cfr., por referenciarem especificamente as crianças, os Considerandos 38, 58, 65, 71 e 75 e os artigos 6.º n.º 1 f), 8.º, 12.º n.º 1, 17.º n.º 1 f), 40.º n.º 2 g) e 57.º n.º 1 b) do RGPD.

Apesar da licitude de um tratamento de dados pessoais poder ser fundamentada em múltiplas situações, designadamente pela necessidade de tal tratamento para um dos efeitos previstos no artigo 6.º RGD, quando falamos de finalidades comerciais ou publicitárias em regra o tratamento só será licitamente realizado com base no *consentimento* do titular desses dados. Nos serviços da sociedade da informação oferecidos diretamente a crianças – como sejam aplicações, redes sociais, jogos online, plataformas de *streaming* de vídeo – é relevante a questão da idade do consentimento digital. Ou seja, qual a idade até à qual o consentimento deve ser prestado pelos titulares de responsabilidades parentais e a partir da qual poderá o menor prestá-lo autonomamente. O artigo 8.º RGD estabelece que, preenchidos esses três pressupostos (quando seja o consentimento a condição de licitude do tratamento de dados, quando sejam serviços da sociedade da informação⁷¹ e quando haja oferta direta desses serviços a crianças), a idade de consentimento digital é de 16 anos, mas admite que os Estados-Membros possam estabelecer uma idade inferior, desde que igual ou superior a 13 anos. Foi o caso de Portugal, que na lei de execução nacional do RGD (artigo 16.º da Lei n.º 58/2019, de 08 de agosto) previu que:

Nos termos do artigo 8.º do RGD, os dados pessoais de crianças só podem ser objeto de tratamento com base no consentimento previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do RGD e relativo à oferta direta de serviços da sociedade de informação quando as mesmas já tenham completado 13 anos de idade.

Sendo que para idade inferior a 13 anos, o tratamento só será lícito com consentimento dado pelos representantes legais da criança, de preferência com recurso a meios de autenticação segura.

A previsão legal desta idade de consentimento digital não é isenta de críticas. Desde logo, pelas dificuldades interpretativas do que se considera serviço prestado mediante remuneração ou o que é uma oferta direta desses serviços a crianças. Por outro lado, pelas diferenças entre Estados-Membros⁷², geradora de fragmentação e incerteza⁷³, incoerentes num

⁷¹ Definidos (por remissão do artigo 4.º n.º 25 RGD para a Diretiva 2015/1535) como “qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”.

⁷² O panorama na União Europeia quanto à idade de consentimento digital é o seguinte: 13 anos em 9 Estados-Membros (Bélgica, Dinamarca, Estónia, Finlândia, Letónia, Malta, Portugal, Suécia e Reino Unido, então membro da UE); 14 anos em 6 Estados-Membros (Áustria, Bulgária, Chipre, Itália, Lituânia e Espanha); 15 anos em 3 Estados-Membros (Chéquia, França e Grécia); 16 anos em 10 Estados-Membros (Croácia, Alemanha, Hungria, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Polónia, Roménia e Eslováquia). Na Eslovénia vigora supletivamente a idade dos 16 anos estabelecida no RGD. *Cfr.* informação relativa aos diplomas nacionais de execução em <https://euconsent.eu/digital-age-of-consent-under-the-gdpr/>.

⁷³ Na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: A proteção de dados enquanto pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital - dois anos de aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (COM(2020) 264 final), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal->

contexto de globalização e desenvolvimento da economia digital do mercado interno. E ainda pela fixação de uma idade única para todos os tratamentos de dados em ambiente digital, independentemente do seu contexto e finalidade.⁷⁴ Em Portugal, a justificação dada para a escolha dos 13 anos foi por se considerar a idade adequada “*em harmonia com a opção feita noutros Estados-Membros da União Europeia quanto a redes e plataformas que, em regra, têm um carácter transnacional*”⁷⁵, o que é incongruente na medida em que apenas 9 dos então 28 Estados-Membros fizeram a mesma opção. Concordamos, no entanto, com esse patamar etário, por ser a que melhor equilibra os direitos dos jovens na participação digital.⁷⁶

3.3 ANÁLISE CRÍTICA E DESAFIOS FUTUROS

Explanado o regime jurídico atual, importa refletir sobre algumas das suas insuficiências, especialmente no que se refere a alterações legislativas mais prementes e ao *enforcement* do sistema de fiscalização.⁷⁷

Em primeiro lugar, o tratamento desta matéria está disperso por várias áreas e instâncias de regulação – como a defesa do consumidor, publicidade, meios de comunicação social e proteção de dados pessoais –, áreas essas em que o regime jurídico nacional resulta, maioritariamente da transposição de Diretivas da União Europeia. Sendo as Diretivas instrumentos legislativos que vinculam quanto aos objetivos a atingir, impunha-se a adequação ao edifício jurídico nacional, sua terminologia e institutos. Ora na realidade assistimos, na maioria dos casos, a transposições-cópia, que resultam em diplomas de pouco rigor linguístico, conceitos imprecisos e deficiente sistematização. Daí defendermos a agregação das normas de tutela do consumidor menor de idade num estatuto único, que permitiria, na nossa perspetiva, afirmar o menor como sujeito autónomo e global de direitos, incluindo como sujeito económico,

content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0264, a própria Comissão reconhece que “a diferença entre os Estados-Membros na idade do consentimento dos menores em relação aos serviços da sociedade da informação gera incerteza para os menores e os seus pais quanto à aplicação dos seus direitos de proteção de dados no mercado único. Esta fragmentação cria também desafios para a realização de negócios transfronteiras, para a inovação, em especial no que diz respeito aos novos progressos tecnológicos e às soluções em matéria de cibersegurança”.

⁷⁴ Cfr. MILDA MACENAITE e ELENI KOSTA, *Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps?*, 2017, p. 189.

⁷⁵ Cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei 120/XIII/3, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42368>.

⁷⁶ Os vários pareceres pedidos durante o procedimento legislativo (disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42368>) dividiram-se entre, por um lado, os argumentos da vulnerabilidade e imaturidade juvenil e analogia com a lei civil e penal e, por outro lado, os que defendiam a liberdade de expressão e acesso à informação por parte dos menores, a necessidade de evitar “fossos digitais” e a salvaguarda da autonomia e literacia digital.

⁷⁷ Muitos destes aspetos foram objeto de uma análise aprofundada na nossa investigação de doutoramento “Tutela do consumidor menor como público vulnerável”, disponível em <http://hdl.handle.net/10347/27047>.

e facilitar o conhecimento, interpretação e aplicação das normas legais tuteladoras da sua vulnerabilidade. Ou, pelo menos, uma maior consistência e articulação entre os diplomas relevantes na matéria. No enquadramento atual, seria relevante estender expressamente o conceito de consumidor a quem, sem celebrar um contrato de consumo, seja exposto a práticas comerciais, incluindo a publicidade, assim como concretizar a proteção a dar aos consumidores vulneráveis. Em matéria de publicidade, pugnamos pela clarificação dos conceitos de “menor”, “criança”, “adolescente” e “jovem” utilizados pelo legislador. Se no CPub se utiliza preferencialmente a terminologia de menor, já na LT se utiliza os vocábulos crianças, adolescentes e jovens, de forma aparentemente indistinta. Considerando o nível de proteção exigido nas diferentes faixas etárias, atendendo à maturidade e inerente impacto da comunicação comercial, propõe-se a consagração dos 12 anos como fronteira entre criança e adolescente, à semelhança do que acontece, entre outros, no sistema brasileiro, bem como a uniformização da idade de referência para restrições à publicidade, que ora oscila entre os 18 anos (sempre que a lei só se refere a menor), 16 anos (para as restrições a alimentos e bebidas) e 13 anos (se aqui incluirmos a idade do consentimento digital que legitima algumas práticas publicitárias). Outra nota para a divergência terminológica na LT a propósito do beneficiário da obrigação de identificabilidade das diferentes formas de comunicação comercial audiovisual (ora o “destinatário”, ora o “espectador” ora o “consumidor”), entre outras incongruências como sejam o horário de emissão de conteúdos suscetíveis de influírem de modo negativo na formação da personalidade de crianças e adolescentes⁷⁸ e o âmbito dos artigos 69.º-A (direitos humanos e proteção de crianças e jovens) e 69.º-B LT (proteção de consumidores), já que este último normativo, não obstante a epígrafe, incorpora aspetos de proteção da vulnerabilidade de crianças e jovens face às comunicações comerciais audiovisuais, limites ademais similares aos constantes do CPub, pelo que criticamos a opção do legislador de repetição e não remissão para aquele diploma.

Por outro lado, o quadro jurídico atual não atende de forma plena às necessidades regulatórias de proteção do menor face à publicidade. Defendemos uma regulamentação específica de certos objetos, conteúdos e suportes publicitários, como sejam os brinquedos e produtos infantis, *apps* e plataformas de redes sociais, jogos online e o marketing de influência. Por sua vez, no regime da comunicação comercial audiovisual, as restrições à publicidade destinada a menores limitam-se genericamente aos programas infantis, desconsiderando muita da publicidade que se dirige ou atinge menores, já que “a verdadeira televisão das crianças é

⁷⁸ Cfr. artigo 27.º LT, n.º 4 (22h30) e n.º 5 (24h00), por força de uma sucessão legislativa nunca retificada neste particular.

aquela que elas efectivamente vêem e não (necessariamente) aquela que os canais expressamente lhes destinam”⁷⁹. Propomos assim a inclusão de disposições relativas à publicidade direccionada a menores que seja integrada nos conteúdos de programação destinados ao público adulto, nos intervalos e nos programas juvenis, bem como, para minimizar a pressão publicitária, a proibição de repetição de anúncios num mesmo intervalo publicitário.

O ambiente digital é o mais desafiante, “menos sujeito ao controlo parental e aos mecanismos de regulação, monitorização e fiscalização”.⁸⁰ Para além das questões de territorialidade a exigir uma cooperação transnacional, a velocidade da evolução tecnológica supera a capacidade de adaptação dos quadros legislativos tradicionais e a quantidade massiva de conteúdos, anúncios e interações que ocorrem simultaneamente em plataformas digitais torna difícil a verificação de infrações e a atuação das entidades competentes. A tudo isto se alia alguma “sobreposição” de competência entre distintas entidades reguladoras, como sejam a Direção-Geral do Consumidor (competente quanto a práticas comerciais desleais em matéria de publicidade), a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (na fiscalização da comunicação comercial audiovisual na televisão, serviços audiovisuais a pedido e serviços de plataforma de partilha de vídeos) e a Comissão Nacional de Proteção de Dados (autoridade de controlo nacional em matéria de proteção de dados).

E o domínio do tratamento de dados pessoais é dos mais complexos, sobretudo pelas dificuldades na aplicação prática das disposições legais, designadamente em matéria de prestação do consentimento. O RGPD exige que esse consentimento seja livre, específico, informado, inequívoco e mediante um ato positivo, predcados que conflituam com o facto de ser prestado no contexto de termos e condições extensos e complexos, cujas implicações nem os adultos conseguem muitas vezes compreender. Ou quando o acesso ao serviço e funcionalidades seja condicionado à aceitação obrigatória de testemunhos de conexão (*cookies*), levando à “fadiga do consentimento” e à exclusão social pela privação do serviço, especialmente penalizadora dos mais jovens. Ou ainda quando se infira o consentimento da simples continuação de utilização de um sítio ou aplicação similar (*scroll down*), em violação da efetiva liberdade de escolha do consumidor titular dos dados.⁸¹

⁷⁹ MARIET, cit. por SARA PEREIRA, MANUEL PINTO e EULÁLIA PEREIRA, *A Televisão e as Crianças - Um ano de programação na RTP 1, RTP2, SIC e TVI*, 2009, p. 188.

⁸⁰ Cfr. Estudo de avaliação de impacto da Lei n.º 30/2019, de 23 de abril, que introduziu restrições à publicidade alimentar dirigida a menores de 16 anos, p. 73.

⁸¹ Cfr. Orientações do Comité Europeu para a Proteção de Dados - Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, disponíveis em https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_en.

Quando o consentimento seja prestado pelos titulares das responsabilidades parentais, as dificuldades não são menores. Quando os progenitores não vivam juntos ou estejam divorciados, coloca-se a questão dessa decisão ter de ser tomada em conjunto ou pelo progenitor com quem a criança se encontra, conforme se entenda uma “questão de particular importância” ou um “ato da vida corrente” (artigo 1906.º do Código Civil), que dependerá de uma avaliação casuística das circunstâncias do tratamento de dados, a idade do menor e implicações na vida presente e futura da criança.⁸² Outro aspeto a carecer de concretização são os mecanismos de verificação de idade e o modo pelo qual o consentimento dos titulares das responsabilidades parentais da criança deve ser obtido e verificado.⁸³ A que acrescem as implicações do menor atingir entretanto a idade do consentimento digital e pretender retirar o consentimento dado pelos pais ou exercer o seu “direito a ser esquecido”⁸⁴, e a articulação do regime do consentimento para o tratamento de dados pessoais dos menores com as disposições de direito contratual em matéria de aceitação de cláusulas contratuais gerais e exercício do direito de livre resolução.

CONCLUSÃO

A regulamentação da participação de menores em atividades publicitárias e a proteção dos seus direitos enquanto consumidores exige uma abordagem integrada. Na perspetiva do Direito do Trabalho, o regime jurídico português que regula a participação de menores em atividades culturais, artísticas ou publicitárias é adequado: na generalidade as regras são claras; não obstante as pontuais críticas, a lacuna identificada (questão da retribuição) e as dúvidas sobre a sua aplicabilidade prática. Ademais, os dados sobre os pedidos de autorização para estas atividades em Portugal são reduzidos e não permitem uma análise mais detalhada. Já na vertente do Direito do Consumo, a vulnerabilidade dos menores face às práticas publicitárias, especialmente em ambiente digital, é acentuada pela fragmentação dos regimes jurídicos implicados e insuficiente fiscalização das estratégias e práticas comerciais. É, portanto, premente reforçar a articulação entre estas duas áreas, promover uma supervisão mais

⁸² Será diferente, por exemplo, o consentimento para efeitos de instalar uma *app* adequada à idade ou para abrir uma conta e ser um *kidfluencer* numa plataforma de grande exposição.

⁸³ *Cfr.* Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679, p. 31-34, disponíveis em https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_pt.pdf. Pode consistir, por exemplo, numa mensagem de correio eletrónico enviada aos progenitores, a exigência de resposta a uma *sms*, a necessidade de indicação ou envio de um identificador ou até uma transferência bancária de valor simbólico.

⁸⁴ *Cfr.* artigos 7.º n.º 3, 17.º n.º 1 f) e Considerando 65 RGPD.

sólida, adequar a legislação às realidades tecnológicas atuais e assegurar a proteção efetiva dos direitos dos menores, tanto no contexto laboral como no de consumo.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Sara [et al.] - Fama Enganadora, In CADETE, Joaquim (org). PETI: 10 anos de combate à exploração do trabalho infantil. Lisboa: MTSS / PETI - Fundo Social Europeu, 2008, p. 207-242.

BETTENCOURT, Margarida Almada - Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição? Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 50, junho (2007), p. 160-176.

BINNS, Reuben, [et al.] - Third Party Tracking in the Mobile Ecosystem. Proceedings of the 10th ACM Conference on Web Science. (2018), p. 23- 31.

BRITTO, Igor Rodrigues - Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira. Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 51, setembro (2007), p. 64-116.

CARVALHO, Diógenes Faria de; OLIVEIRA, Thaynara de Souza - A Categoria Jurídica de ‘Consumidor-Criança’ e sua Hipervulnerabilidade no Mercado de Consumo Brasileiro. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Vol. V, n.º #17, março (2015), p. 207-230.

CECÍLIO, Tiago; MOREIRA, Teresa Coelho; SANTOS, Alexandre - A protecção dos menores na sociedade da informação: desafios criados pelas redes sociais. Scientia Iuridica. Vol. LXV, n.º 341 (2016), p. 259-289.

JOSÉ, Pedro Quartin Graça Simão; BETTENCOURT, Margarida Almada - Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-Membros da União Europeia. Lisboa: Instituto do Consumidor - Centro Europeu do Consumidor, 2003.

KARAGEORGIADIS, Ekaterine - Lanches Acompanhados de Brinquedos: Comunicação Mercadológica Abusiva Dirigida à Criança e Prática de Venda Casada. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Vol. IV, n.º #14, junho (2014), p. 11-39.

MACEDO, Marta. Trabalho Infantil - As Crianças no Mundo do Espetáculo, Moda e Publicidade. Universidade do Minho, 2015. In <https://repositorium.sdum.uminho.pt/>.

MACENAITE, Milda; KOSTA, Eleni - Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps? Information & Communications Technology Law. Vol. 26, n.º 2 (2017), p. 146-197.

OLIVEIRA, António Bentes - Trabalho de menores em espectáculos e publicidade. Questões Laborais. Ano VII, n.º 16. Coimbra: Coimbra Editora. 2000, p. 190-213.

PEREIRA, Inês - Caracterização das actividades dos menores em espectáculo, moda e publicidade. Coord. JOSÉ ANTÓNIO SOUSA FIALHO. Lisboa: Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2004.

PEREIRA, Sara; PINTO, Manuel; PEREIRA, Eulália - A Televisão e as Crianças - Um ano de programação na RTP 1, RTP2, SIC e TVI. Entidade Reguladora para a Comunicação Social, 2009.

PORTO, Margarida - A participação de menor em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária. Almedina, Coimbra, 2010.

VERDOODT, Valerie; CLIFFORD, Damian; LIEVENS, Eva - Toying with children's emotions, the new game in town? The legality of advergames in the EU. Computer Law & Security Review. Vol. 32 (2016), p. 599–614.

A PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR ESTUDANTE NOS CONTRATOS DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS PELAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADO EM ANGOLA

THE PROTECTION OF THE STUDENT CONSUMER IN EDUCATIONAL SERVICES CONTRACTS BY PRIVATE EDUCATION INSTITUTIONS IN ANGOLA

Ângelo Major da S. Denho¹

*“Proteger o consumidor não é mais do que proteger a
pessoa humana, o cidadão numa relação espacial, a
relação de consumo”.*

António Pinto Monteiro

RESUMO

O presente artigo versa sobre a protecção jurídica do consumidor estudante no âmbito dos contratos de prestação de serviços educacionais pelas instituições privadas de ensino no contexto jurídico angolano. Nesse quadro, as instituições de ensino privado devem apenas desenvolver no mercado acções educativas compatíveis com os dispositivos normativos; sendo que a realização de cursos educacionais ou técnicos irregulares por aquelas representa uma clara violação dos direitos dos consumidores estudantes, na medida em que não atende as pretensões económicas destes, tampouco utilidade social. Por esta razão, o Estado deve promover mecanismos concretos de salvaguarda dos interesses dos consumidores estudantes naquelas relações contratuais, atendendo a imperatividade constitucional da tutela geral dos direitos dos consumidores (artigo 78.º da CRA) enquanto direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos dos consumidores; Prestação de serviços educacionais; Consumidor estudante; Instituições de ensino privado e Estado.

ABSTRACT

This article deals with the legal protection of the student consumer within the scope of contracts for the provision of educational services by private educational institutions in the Angolan legal context. In this context, private education institutions should only develop educational actions in the market that are compatible with the normative provisions; and the realization of irregular educational or technical courses by them represents a clear violation of the rights of student consumers, insofar as it does not meet their economic intentions, nor social utility. For this reason, the State must promote concrete mechanisms to safeguard the interests of student

¹Doutorando em Direito e Mestre em Direito Empresarial. Advogado e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Katyavala Bwila (Angola). E-mail: majordenho@hotmail.com.

consumers in those contractual relationships, given the constitutional imperative of the general protection of consumer rights (Article 78 of the CRA) as fundamental rights.

Keywords: Consumer rights; Provision of educational services; Student consumers; Private education institutions and the State.

INTRODUÇÃO

Atente-se inicialmente aos seguintes factos reais:

a) No ano de 2017, a **Engrácia dos Santos** matriculou-se na 10.^a classe no curso de análises clínicas no colégio Santo António, situado no Zango I, município de Viana, província de Luanda. Sucede que em 2018, tendo a referida estudante requerido uma declaração com notas da 10.^a classe do respectivo curso (análises clínicas) e a guia de transferência para continuidade dos estudos no Instituto Politécnico Emília Sango, este rejeitou a documentação apresentada (declaração da 10.^a classe e a guia de transferência), emitidas pelo colégio Santo António, com o argumento de que a respectiva instituição ministrava os cursos de saúde ilegalmente; tendo recomendado alternativamente que a estudante repetisse a 10.^a classe daquele curso (análises clínicas), neste caso, no Instituto Politécnico Emília Sango, situado também em Luanda.

b) Semelhantemente, no ano lectivo 2022/2023, **Aguinalda Paulino, Alice Maweza, Laurindo Kambuta** e tantos outros decidiram matricular-se no 1.^o ano do curso de Ensino Primário no Instituto Superior Politécnico Católico de Benguela (ISPOCAB), localizado no município do Lobito. No entanto, no ano lectivo seguinte (2023/2024) no acto da reconfirmação das matrículas, os mesmos foram surpreendidos com a informação de que o respectivo curso não foi reconhecido pelo órgão público competente, no caso o Ministério do Ensino Superior, Ciência, Tecnologia e Inovação, e como alternativa podiam os estudantes afectados inscrever-se noutro curso ou receber o reembolso das propinas pagas. Portanto, **Aguinalda Paulino e Alice Maweza**, por exemplo, escolheram matricular-se no outro curso (Psicologia) na mesma instituição, enquanto **Laurindo Kambuta** optou pelo reembolso das propinas; tendo, por consequência, ficado parado naquele período académico, por conta da situação despoletar-se no início do II semestre daquele ano lectivo.

*

Os casos supra apresentados representam algumas das inúmeras situações que configuram violações recorrentes do direito dos consumidores estudantes no âmbito da prestação de serviços educacionais executada pelas instituições de ensino privado em Angola².

Indiscutivelmente, a protecção jurídica dos direitos dos consumidores em qualquer esfera social que seja, implica por si só uma matéria de interesse relevante nas sociedades modernas; não podendo, por isso, os órgãos públicos mostrarem-se indiferentes à sua salvaguarda, uma vez que, o reconhecimento dos respectivos direitos demonstra uma percepção evidente do Estado da necessidade imperiosa do equilíbrio contratual entre as partes (consumidor e fornecedor) nas relações de consumo, resultante da actividade promovida pelas instituições de ensino privado e não só, como agentes económicos no mercado.

Conquanto, no domínio dos contratos de prestação de serviços educacionais actualmente o desejo pela lucratividade leva os empresários ao esquecimento do compromisso de educar o cidadão (enquanto valor principal), realizando, muitas vezes, actividades educacionais ilegalmente, prejudicando desse modo os interesses dos destinatários como consumidores.

Trata-se, portanto, de uma prática institucional reiterada no cenário nacional, merecedora de tratamento adequado, na perspectiva de protegerem-se as expectativas ou direitos dos consumidores face às eventuais actividades ilegais protagonizadas pelas instituições privadas de ensino conforme apresentado nos casos acima; enquanto procedimento preventivo necessário que ainda não se vislumbra adequadamente no ordenamento jurídico angolano, apesar da existência do instrumento legal regulador de protecção dos interesses dos consumidores. Nesse diapasão, a imperatividade tutelar corresponde precisamente evitar que as instituições de ensino privado como agentes empresariais desenvolvam serviços educacionais ilegais na arena económica, incapazes de satisfazerem os interesses dos indivíduos como consumidores, bem como também da sociedade em geral.

² Não obstante tais situações observar-se com maior incidência nos contratos de prestação de serviços educacionais protagonizados pelas instituições de ensino privado, quer de nível geral como superior, também nalgumas instituições de ensino público registou-se um cenário semelhante. Nesse quadro, por exemplo, em Janeiro de 2024 o Ministério do Ensino Superior, Ciência, Tecnologia e Inovação de Angola invalidou as inscrições e matrículas dos candidatos que realizaram o exame de acesso ao Ensino Superior no Ano Académico 2023/2024, no Instituto Superior de Ciências da Educação do Huambo (ISCED-Huambo) por considerar que o referido processo violou os normativos legais vigentes no Subsistema de Ensino Superior angolano, determinando, em consequência, a cessação da frequência das aulas de todos os estudantes abrangidos nos respectivos cursos de licenciatura (*Vide*, a propósito, o Despacho n.º 280/24, de 9 de Janeiro, do Ministério do Ensino Superior, Ciência, Tecnologia e Inovação, publicado pelo *Diário da República* n.º 6, II Série, de 9 de Janeiro de 2024, pp. 594-595). Entretanto, apesar da descrição destas realidades factuais constituirá apenas objecto da nossa abordagem os contratos prestacionais de ensino promovidos pelas instituições de ensino privado, por expressarem práticas habituais nas relações jurídicas de consumo de serviços no mercado, em Angola.

Por este motivo, o problema que se coloca em volta deste enunciado procura responder a seguinte questão: Como o Estado pode proteger eficazmente os direitos do consumidor estudante nos contratos de prestação de ensino realizados pelas instituições privadas em Angola?

E, como objectivos apontam-se: *Geral* - Analisar a garantia dos direitos do consumidor estudante nos contratos de prestação educacional pelas instituições de ensino privado em Angola.

Específicos: Apresentar a garantia constitucional dos direitos do consumidor como direitos fundamentais.

- Reflectir sobre a prestação da actividade de ensino pelas instituições privadas no mercado nacional, assim como a responsabilidade do Estado na promoção efectiva dos direitos do consumidor estudante nas instituições de ensino privado em Angola.

Como metodologia utilizada destaca-se o método *bibliográfico*, que possibilitou a consulta da legislação e manuais referente ao tema de Direito público e privado (Direito Constitucional, Civil, do Consumidor e Empresarial), e o método *analítico*, permitindo efectuar uma reflexão exaustiva do problema suscitado, quanto à tutela dos direitos dos consumidores e o exercício da liberdade de iniciativa económica e empresarial pelas instituições de ensino privado na ordem jurídica angolana.

Por isto, oferece-se ao presente trabalho uma estrutura bipartida, onde num primeiro momento procura-se apresentar a fundamentação jurídica-constitucional dos direitos do consumidor, ao passo que posteriormente realiza-se uma análise criteriosa a este último instituto a partir da previsão normativa, no cruzamento com o exercício prestacional de serviços de ensino pelas instituições privadas educativas em Angola, olhando pela justificativa da tutela jurídica dos direitos supracitados no âmbito da própria relação contratual de consumo.

1 DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

À semelhança das outras realidades jurídicas, o legislador angolano consagrou também os direitos dos consumidores como matérias de tutela constitucional, através da actual Constituição da República de Angola³, atribuindo aos mesmos qualidade de direitos fundamentais (art. 78.º)⁴⁻⁵.

Nesse domínio, a elevação dos direitos dos consumidores ao nível dos direitos fundamentais resulta precisamente da justificativa de que, a relação jurídica de consumo representa “*uma relação desigual, onde se encontra o consumidor-vulnerável de um lado e o fornecedor detentor do monopólio dos meios de produção do outro*”⁶, como demonstra a *praxis*; não podendo, pois, o Estado desconsiderar tal revelância social na elaboração normativa interna.

Em decorrência dessa percepção, a fundamentalidade de tais direitos como constitucionais emerge, como sublinha Lourivaldo da Conceição, da necessidade de preservação dos “*valores fundamentais necessários à existência do Estado Democrático de Direito e à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana*”⁷. De certo, existe uma estreita interdependência genética e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao contrário destes últimos, que exigem e implicam para a sua realização o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito⁸.

³ Publicada pelo *Diário da República* n.º 23, I Série, de 5 de Fevereiro de 2010, alterada pela Lei de Revisão Constitucional (Lei n.º 18/21, de 16 de Agosto), publicada pelo *Diário da República* n.º 154, I Série, de 16 de Agosto de 2021. Doravante CRA.

⁴ O aludido artigo dispõe o seguinte:

“Art. 78.º (*Direitos do Consumidor*)

1. O consumidor tem direito à qualidade dos bens e serviços, à informação e esclarecimento, à garantia dos seus produtos e à protecção na relação de consumo.

2. O consumidor tem direito a ser protegido no fabrico e fornecimento de bens e serviços nocivos à saúde e à vida, devendo ser ressarcido pelos danos que lhe sejam causados.

3. A publicidade de bens e serviços de consumo é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou enganosa.

4. A lei protege o consumidor e garante a defesa dos seus interesses”.

⁵ Ainda nesse âmbito importa realçar que, com a assunção da Constituição de 2010, aprovada a 3 de Fevereiro do mesmo ano, estabeleceu-se o início da terceira e última fase da sistematização dos direitos fundamentais em Angola, consagrando-se assim a constitucionalização dos princípios da *universalidade* e da *aplicabilidade directa ou imediata dos direitos, liberdades e garantias* dos direitos fundamentais, conforme preceituado nos artigos 22.º, 26.º e 28.º, n.º 1 da CRA.

⁶ Fabrício BOLZAN. *Direito do Consumidor Esquematizado*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 50.

⁷ Lourivaldo da CONCEIÇÃO. *Curso de Direitos Fundamentais*. Editora da Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande – PB, 2016, p. 35.

⁸ António Enrique Pérez LUÑO. *Los Derechos Fundamentales*. Imprenta: Madrid, Tecnos, 1988, p. 383.

Indiscutivelmente, na configuração jurídica do Estado de Direito a garantia dos direitos dos indivíduos enquanto destinatários da actividade estadual representa uma necessidade essencial nas sociedades contemporâneas, por corresponder um meio de salvaguardar os interesses da colectividade e a harmonia social e, por outro lado, o instrumento para a manutenção da normalidade constitucional. E nesse sentido, não há dúvidas de que, como realça Plínio Melgaré,

“pensar em um Estado apenas como uma organização adequada à lei não corresponde às hodiernas exigências de um Estado de Direito materialmente constituído, mas sim um regresso ao Estado de legislação, forjado pelo típico legalismo moderno-iluminista, em que o Direito era sinónimo de lei-e esta, a única fonte daquele. Na esteira do considerado, um Estado submetido ao Direito será aquele instruído e ajustado a princípios transcendentais à ordem jurídica positiva”⁹.

Por esse motivo sublime, não basta consagrar os direitos fundamentais na Constituição, mostra-se também necessário que a própria organização do poder político, como a sua estrutura constitucional estatal estejam direccionadas para a protecção e promoção social de tais direitos.

De maneira geral, pode-se aferir que a tutela constitucional dos direitos do consumidor como direitos fundamentais

“[...]constituem (uma) construção definitivamente integrada ao património comum da humanidade bem o demonstra a trajectória que levou à sua gravitativa consagração nos direitos internacionais e constitucional. Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito das suas Constituições”¹⁰.

Nesta conformidade, é justamente no contexto da concretização dessa máxima jurídica que o legislador nacional consagra positivamente os direitos do consumidor como direitos subjectivos *constitucionais*, na escalada de direitos fundamentais (a partir da sua previsibilidade na Constituição – artigo 78.º) e *infraconstitucional*, contemplando os mesmos num regime jurídico especial, criando assim a respectiva Lei de Defesa do Consumidor¹¹.

Lamentavelmente, um dos grandes problemas e frequentemente observado em Angola, está relacionado com os direitos dos consumidores estudantes, precisamente no âmbito

⁹ Plínio MELGARÉ. “Um Olhar sobre os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito - Breves Reflexões ao Abrigo de uma Perspectiva Material”. Jurisdição e Direitos Fundamentais, Anuário 200/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul- AJURIS, Vol. I, Tomo II, Livraria do Advogado, Porto Alegre, p. 195.

¹⁰ Ingo Wolfgang SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais- Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10.ª edição revista, actualizada e ampliada. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009, p. 21.

¹¹ Lei n.º 15/03, de 22 de Julho (Publicada pelo *Diário da República* n.º 57, I Série, de 22 de Julho de 2003).

dos contratos de prestação de serviços educacionais promovidos pelas instituições privadas de ensino (enquanto agentes económicos) no mercado, tanto no subsistema de ensino geral como de nível superior; sendo que os direitos do consumidor como exteriorização dos direitos fundamentais representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, obrigando por isso o Estado protegê-los significativamente naquelas espécies contratuais, a fim de salvaguardarem-se as pretensões dos cidadãos em geral enquanto consumidores.

2 A ACTUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS NA PRESTAÇÃO DO DIREITO AO ENSINO NO MERCADO

A Constituição da República de Angola, a lei fundamental do Estado, atribui às pessoas, singulares e colectivas, o *direito à livre iniciativa económica e empresarial*¹², garantindo desse modo aos cidadãos o reconhecimento da capacidade de execução de determinadas actividades económicas, quer através da constituição de uma empresa nova, quer por meio da exploração de uma já existente, como expressão da essência daquela liberdade constitucional.

Nesse sentido, com a introdução do sistema económico liberal o Estado passou a reconhecer a realização de várias tarefas de interesse social aos particulares, atribuindo a direcção das mesmas aos respectivos proprietários (neste caso, empresários), renegando assim a sua interferência directa ou de outra entidade pública, determinando, pois, que aqueles tomem o destino e controlo das suas empresas. Mas isso não significa dizer que a concessão de respectiva faculdade económica consubstancie um exercício empresarial desregrado, mas um meio de promoção de interesse social.

Com efeito, refere o n.º 1 do artigo 38.º da Constituição da República de Angola quanto a temática em causa que, “*A iniciativa económica privada é livre, mas deverá ser exercida com respeito pela Constituição e pela lei*”. Nessa óptica, percebe-se que o legislador não só reconhece a garantia dos cidadãos praticarem livremente a actividade empresarial pretendida como também impõe a necessidade do referido exercício estar em conformidade com os valores sociais salvaguardados pela própria Constituição e leis ordinárias, na perspectiva de limitar a actuação desmedida ou contrária dos agentes económicos na sociedade.

Por essa razão, o reconhecimento da liberdade de iniciativa económica embora transmita o sentido de que o indivíduo ambiciona, em geral, utilizar *o seu talento* e meios para

¹² Artigos 14.º, 38.º, n.ºs 1 e 2, e 89.º, n.º 1, al. b) da CRA.

lograr ganho financeiro no exercício da actividade económica, este idealismo não encerra a única forma adequada “*para tal fim numa sociedade livre*”; devendo atender, naturalmente, em primeiro plano a satisfação dos interesses dos outros. Numa palavra, o empresário deve antes proporcionar a *prosperidade* colectiva, apesar desse meandro não expressar seu intento inicial¹³.

E nesse ângulo, as instituições de ensino privado como executoras de serviços públicos, no âmbito do princípio acima evocado (repetimos, liberdade de iniciativa económica e empresarial), devem prosseguir impreterivelmente o interesse comum, proporcionando o respeito pelos direitos dos consumidores na sua actuação no mercado. Obviamente, a necessidade imposta para tal procedimento demonstra a afirmação do princípio constitucional da *garantia geral do Estado* aos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, como elemento caracterizador do Estado social de Direito, consagrado no artigo 56.º da CRA¹⁴.

Portanto, qualquer que seja o desenvolvimento dos serviços educacionais pelas instituições de ensino privadas no mercado implica a observância aos dispositivos da legalidade, quer no campo da formação da própria pessoa jurídica, quer dos serviços profissionais que a mesma se propõe desenvolver. Ora, constituindo Angola um Estado Democrático de Direito (art. 2.º da CRA), a promoção das tarefas sociais pelas entidades empresariais, públicas ou privadas, deve respeitar o princípio legal, que constitui “o fundamento, o critério e o limite de toda sua acção administrativa”¹⁵ institucional. Na conformação desse ideal, a acção daqueles corresponderá apenas uma prática aceitável quando não esteja impossibilitada legalmente, atendendo que estes jamais poderão “*fazer nada que lhe não seja permitido por lei*”¹⁶.

Dentro desse prisma, quando uma entidade empresarial prestadora de serviços de ensino privado decide publicitar e colocar no mercado cursos não reconhecidos ou autorizados pelo órgão público competente, mesmo enquanto aguarda a respectiva legalização, fá-lo ainda assim à margem dos limites legais, prejudicando directamente os interesses dos seus destinatários (consumidores); conduta esta que deve ser anulada completamente. Nos termos desta observação, importa referenciar que, a colocação de produtos e serviços à disposição dos

¹³ Luís S. Cabral de MONCADA. *Direito Económico*. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 19.

¹⁴ O princípio acima referido estampa-se neste molde: “**Artigo 56.º (Garantia Geral do Estado):** 1. O Estado reconhece como invioláveis os direitos e liberdades fundamentais consagrados na Constituição e cria as condições políticas, económicas, sociais, culturais, de paz e estabilidade que garantam a sua efectivação e protecção, nos termos da Constituição e da lei. 2. Todas as autoridades públicas têm o dever de respeitar e de garantir o livre exercício dos direitos e das liberdades fundamentais e o cumprimento dos deveres constitucionais e legais”.

¹⁵ Diogo Freitas do AMARAL. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I. 3.ª ed. Lisboa: Almedina, 2012, p. 233.

¹⁶ *Ibidem*, p. 233.

consumidores no mercado económico precisa que estejam aptos para atenderem as aspirações daqueles que os procuram, por expressarem necessidade essencial dos indivíduos.

Assim, atendendo que o exercício da actividade empresarial privada traduz essencialmente a realização da utilidade social, como expressão do “*fundamento da existência da iniciativa privada num regime democrático*”¹⁷, não podem os seus protagonistas promovê-lo ao contrário dos padrões e interesses definidos pela própria lei geral.

Por esta razão, a concretização do princípio constitucional da livre iniciativa económica e empresarial pelas instituições de serviços de ensino privado deve configurar o exercício de uma operação ideal, garantística, susceptível de promover os direitos dos consumidores e o interesse económico em geral. Nessa linhagem, na actual época da legalidade, dos agentes empresariais como protagonistas daquela faculdade esperasse somente actividades económicas que proporcionem um ambiente sólido, satisfatório e progressivo, capazes de favorecerem, directa ou indirectamente, as pretensões dos consumidores.

Ainda nessa tonalidade, o aludido princípio empresarial não pressupõe que as entidades privadas que promovam serviços de ensino que, à luz do próprio objecto institucional, a solicitação formal para o exercício de determinado curso educacional ou profissional, implicitamente habilita-os imediatamente à prática de tais actividades empresariais, como nos casos afluídos na parte introdutória. Na conformação dessa percepção, se o mero pedido de legalização de um curso pretendido pelas instituições de ensino privado representasse na prática *deferimento tácito* do pedido, a tendência da generalidade dos interessados seria provavelmente no sentido de não mais esperar pela autorização institucional pública e desenvolver logo os respectivos cursos no mercado, colocando em perigo, sem dúvidas, o interesse geral da colectividade. Mas para que tal procedimento não suceda progressivamente, o consentimento do órgão público competente deve constituir elemento determinante para a promoção de qualquer acção educativa por aqueles entes privados.

Entretanto, as instituições promotoras de ensino privado como colaboradoras do Estado na execução das suas tarefas fundamentais sociais - direito ao ensino (art. 21.º, al. i) da CRA) - têm de proporcionar no mercado, segundo as exigências próprias do bem colectivo, actividades compatíveis com os fins destinados, respeitando os normativos legalmente determinados, como forma das mesmas atenderem a efectivação dos interesses dos consumidores.

Quer com isso dizer que, como bem ressalta Abel Nduli,

¹⁷ Diogo Freitas do AMARAL. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I. 4.ª ed. Lisboa: Almedina, 2015, p. 36.

“O legislador, ao consagrar o direito à qualidade dos bens e serviços, teve como preocupação ir ao encontro quer da necessidade de protecção do consumidor nas relações de consumo, quer na aquisição de bens ou fornecimento de serviços, tendo esse direito perfeita harmonização com a ideia constitucional (art. 78.º da CRA) de que a qualidade deve ser preconizada e claramente protegida, para que os bens e serviços destinados para o consumo sejam aptos para satisfazer os fins a que se destinam”¹⁸.

Portanto, o direito ao recebimento de produtos e serviços com qualidade consubstancia uma necessidade fundamental nas relações de consumo, por exteriorizar pressuposto indispensável dos cidadãos nas transações materiais e imateriais das empresas, enquanto garantia legal (art. 5.º da LDC¹⁹).

Por isso, a promoção prestacional de serviços educativos privados sem a harmonização normativa que se impõe, ou seja, ilegalmente no mercado nacional, não compromete tão só os interesses dos consumidores, como também a própria afirmação dos poderes do Estado internamente. E nessa percepção, a soberania constitucional do Estado deve representar igualmente na tomada de *“todas as medidas necessárias à segurança dos seus cidadãos, seja através da acção do legislador ordinário, seja através da actuação concreta do Poder Judiciário, seja através de actos concretos de polícia da Administração”*²⁰.

3 DA PROMOÇÃO EFECTIVA DO ESTADO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR ESTUDANTE NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADO

Ficou acima assinalada a necessidade da tutela dos direitos dos consumidores enquanto direitos fundamentais, nas relações de consumo no mercado, por constituir uma situação relevante nas sociedades modernas, atendendo a salvaguarda dos interesses da colectividade e a harmonia social no contexto nacional.

Como bem se compreende, a razão motivadora da obrigação de garantia do Estado destes direitos está relacionada ao facto dos consumidores apresentarem-se como parte vulnerável na relação jurídica de consumo, à semelhança dos outros grupos sociais vulneráveis, neste sentido, as mulheres, idosos, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, refugiados, cuja natureza em si implica um tratamento especial dos órgãos públicos. E nesse quadrante,

¹⁸ Abel Carlos Buzi NDULI. *A Protecção Jurídica do Consumidor em Angola: Contratos Relativos a Comunicações Electrónicas* (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais), apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Portugal. 2014, p. 24.

¹⁹ Lei de Defesa do Consumidor.

²⁰ Lourivaldo da CONCEIÇÃO. *Curso de Direitos Fundamentais*. Cit., p. 44.

questiona-se em saber qual será o alcance de tal prerrogativa face a actuação das instituições privadas que prestam serviços de ensino na sociedade angolana?

Primeiramente, importa assinalar que no campo constitucional determina-se que compete ao Estado a responsabilidade de garantir “os direitos, liberdades e garantias fundamentais”; assim como promover “*progressivamente as condições necessárias para tornar efectivos os direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos*”, conforme preceituam as alíneas b) e c) do art. 21.º da CRA. Significa com isso dizer que, a concretização efectiva destas tarefas pelo Estado implica a necessidade de criação de condições apropriadas, eficazes e contínuas diante das práticas sociais dos indivíduos e entidades colectivas, que possam contrariar completamente o alcance das garantias constitucionais.

E nesse domínio, a publicidade e promoção efectiva de cursos educativos ou profissionais não reconhecidos previamente, protagonizada pelas instituições de ensino privado no mercado nacional representa um exemplo claro e comprometedor da realização dos valores destacados acima, enquanto expressão dos interesses dos consumidores. Entretanto, para que esta prática institucional não circunscreva um exercício habitual na sociedade, cabe ao Estado impor claramente que os entes implicados promovam apenas cursos licenciados; sob pena da simples petição do seu reconhecimento pelos agentes interessados passar constituir condição mínima para o desenvolvimento da respectiva actividade.

Deve ressaltar-se por isso que, estas situações poderão ser evitadas se o Estado assegurar plenamente a corresponsabilidade das duas garantias constitucionais, neste caso, a liberdade de iniciativa empresarial e os direitos dos consumidores, de modo que as mesmas não sejam contrapostas. A esse respeito, embora o princípio da livre iniciativa económica privada seja acolhido no campo do direito positivo, no contexto jurídico nacional, a sua previsão como direito subjectivo não garante o seu exercício pleno apenas no interesse individual, mas como um meio à disposição da colectividade, conhecendo limitação preventiva na sua materialização face a defesa jurídica de outros valores salvaguardados também constitucionalmente.

À título ilustrativo, a CRA contempla a tutela geral dos direitos dos consumidores, nos termos do artigo 78.º, impondo nesta perspectiva ao Estado a obrigação pela sua efectivação e protecção permanente contra qualquer acto violador dos mesmos; uma imposição que é também assegurada no domínio de outros instrumentos jurídicos, precisamente na Lei de Defesa do Consumidor (art. 2.º) e Lei das Actividades Comerciais (art. 29.º, n.ºs 1 e 2)²¹ vigentes.

²¹ Lei n.º 1/07, de 14 de Maio (Publicada pelo *Diário da República* n.º 58, I Série, de 14 de Maio de 2007).

Acompanhando estes normativos jurídicos, o primeiro guardião dos direitos do consumidor estudante é o Estado, que deve promover mecanismos essenciais para a realização efectiva dos mesmos; não podendo conformar-se a sua omissão diante das actuações lesivas protagonizadas pelas instituições de ensino privado, quando promovam cursos estudantis não reconhecidos no mercado nacional. Nessa dinâmica, não pode aquele por razão alguma continuar consentindo o desenvolvimento das mesmas práticas institucionais, sob pena de incumprir a sua responsabilidade de tutelar os direitos dos consumidores, e consequentemente criar a desarmonia nos cidadãos, situação que não qualifica o seu papel social.

Como bem sabemos, a CRA estampa no n.º 1 e 2 do artigo 91.º, que “*O Estado coordena, regula e fomenta o desenvolvimento nacional, com base num sistema de planeamento (...); tendo este, portanto, como objectivo promover o desenvolvimento sustentado e harmonioso do País, assegurando a justa repartição do rendimento nacional, a preservação do ambiente e a qualidade de vida dos cidadãos*”. Sintetizando, ao Estado compete a realização do bem-estar e social da colectividade.

Quer com isso significar que, a promoção estadual deve estar encaminhada na direcção dessa medida, protegendo efectivamente os bens e interesses constitucionalmente dos indivíduos, onde se incluem os direitos dos consumidores no âmbito das relações contratuais estabelecidas com as instituições de ensino privado, quanto aos serviços promovidos por estas no exercício das suas actividades. Porquanto, não pode o Estado consentir que os entes privados realizem publicamente o ensino de cursos educativos ou profissionais sem a conformação das exigências legais impostas, na perspectiva de salvaguardar valores da comunidade; sendo necessário, como bem realça Carla Amado Gomes, que “*o Estado venha a garantir que tais prestações obtenham um nível de satisfação elevado junto dos seus destinatários*”²².

E nesse sentido, a concretização desta garantia social passa pela necessidade da referida entidade pública estabelecer rigorosamente normas reguladoras da actividade económica, com vista a coordenar os destinos da acção institucional dos empresários, mas sem, portanto, suprimir a iniciativa fundamental dos indivíduos na sociedade²³. A implementação dessa prática requer, contudo, medidas concretas e capazes de anular as operações educativas desenvolvidas pelas instituições de ensino privado que afectem negativamente os interesses dos

²² Carla Amado GOMES. *Direito e Deveres dos alunos nas escolas públicas de Ensino não superior: Existe um direito à qualidade de Ensino?*, 1970, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 47, n.s 1-2, Lisboa, 2006, p. 46.

²³ João Bosco L. da FONSECA. *Direito Económico*. 9.ª ed. Revista, Actual. e Ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 31.

indivíduos, enquanto consumidores das actividades das mesmas, por não estarem completamente alinhadas “*em torno de um centro de interesse global*”.

Assim, por exemplo, pode o Estado operacionalizar o controlo preventivo dos interesses dos consumidores estudantes, no âmbito das relações contratuais com as instituições de ensino privado, através do Ministério Público, enquanto seu legítimo representante e defensor da legalidade democrática (art. 186.º da CRA e 36.º da LOPGRMP²⁴), actuando oficiosamente ou mediante petição de qualquer interessado, seja directo ou indirecto, proibindo ou suspendendo o exercício efectivo de cursos não reconhecidos ou então que estejam em fase de reconhecimento às instituições de ensino privado no mercado nacional, em virtude de competir também àquela entidade pública a responsabilidade de salvaguardar os interesses dos consumidores em geral, conforme designado expressamente no regime jurídico tutelar daqueles (arts. 27.º, 28.º e 34.º da LDC)²⁵, e ainda da LCGC (art. 19.º)²⁶.

Ainda no mesmo plano, a efectivação da medida protectiva pode ser exercida por meio de acções fiscalizadoras regulares às instituições de ensino privado promotoras de serviços de ensino educativo/técnico pela ANIESA (Autoridade Nacional de Inspecção Económica e Segurança Alimentar)²⁷, enquanto entidade vocacionada para o exercício da actividade inspectiva das actividades económicas, preferencialmente no período das inscrições dos novos estudantes no início de cada ano lectivo, verificando, pois, a autenticidade dos serviços escolares promovidos para o mercado.

Conquanto, não podemos desvalorizar a hipótese de ainda assim observar-se incumprimento legal por parte de uma ou outra instituição de ensino privado, realizando cursos não reconhecidos, facto que obriga a adopção de mecanismos concretos para a efectivação dos direitos dos consumidores e desestimular tal prática futuramente. Nesse quesito, mostra-se conveniente determinar como medida aplicável, por exemplo: *a)* a devolução da totalidade dos valores pagos pelos estudantes prejudicados; *b)* indemnização pelos danos causados, quando ocorram na esfera jurídica dos estudantes implicados; e *c)* aplicação de multas significativas, que podem ser duplicadas, tratando-se de exercício reincidente.

²⁴ Lei Orgânica da Procuradoria Geral da República e do Ministério Público (Lei n.º 22/12, de 14 de Agosto), publicada pelo *Diário da República* n.º 156, I Série, de 14 de Agosto de 2012.

²⁵ Lei de Defesa do Consumidor.

²⁶ Lei sobre as Cláusulas Gerais Contratuais (Lei n.º 4/03, de 18 de Fevereiro).

²⁷ Criada pelo Decreto Presidencial n.º 267/20, de 16 de Outubro, que cria o Estatuto Orgânico Autoridade Nacional de Inspecção Económica e Segurança Alimentar (ANIESA), publicado pelo *Diário da República* n.º 165, I Série, de 16 de Outubro de 2020. A esse respeito, importa realçar que com a institucionalização desta entidade, formalmente, extinguiu-se o INADEC (Instituto Nacional de Defesa do Consumidor), conforme se pode confirmar a partir do artigo 6.º do respectivo Estatuto Orgânico da ANIESA.

Entretanto, a contemplação destas medidas representa uma necessidade oportuna diante das práticas inadequadas protagonizadas pelas instituições privadas de ensino, nas relações estabelecidas com os estudantes enquanto consumidores, na perspectiva de acautelarem-se os interesses destes nas relações jurídicas de consumo. Ora, deste ponto de vista, faz-se imperioso que o Estado propicie procedimentos eficazes para anulação das referidas condutas institucionais, nos termos e fundamentos justamente atendíveis, protegendo-se assim os direitos sociais dos indivíduos em geral, no contexto jurídico angolano.

E para finalizar esta temática vale ainda sublinhar, conforme afirma Castanheira Neves que, *“o direito tem indubitavelmente um fim prático que consiste em encontrar soluções normativas para situações de vida real juridicamente relevantes num quadro coerente e compatível com a sociedade na qual se insere”*²⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num sistema democrático como o nosso, onde se estabelece a protecção dos princípios fundamentais da justiça social, o legislador consagrou os direitos dos consumidores como direitos fundamentais, atribuindo-lhes garantia jurídica especial nas relações de consumo, por considerar a figura do consumidor como a parte mais vulnerável perante o monopólio do fornecedor (empresário).

E nessa ordem de ideia, a relação jurídica estabelecida entre os estudantes e as instituições privadas prestadoras de ensino consubstancia-se, naturalmente, uma relação contratual de consumo, impondo-se, por isso, necessário a garantia efectiva dos direitos daqueles. Nessa onda, a promoção de cursos não reconhecidos ou mesmo em estado de reconhecimento belisca negativamente a realização dos interesses dos consumidores, no sentido em que tal prática não proporciona efectivamente as aspirações individuais dos mesmos; devendo as instituições de ensino privado colocar no mercado apenas cursos legalizados, como forma de salvaguardarem economicamente os direitos dos seus consumidores.

Nessa perspectiva, a efectivação dos direitos dos consumidores estudantes passa, inicialmente, pela responsabilidade directa do Estado em adoptar medidas e práticas fiscalizadoras no plano da tutela dos interesses daqueles consumidores, de modo que o exercício da liberdade de iniciativa económica e empresarial pelas entidades de ensino privado sejam compatíveis com a garantia constitucional dos direitos dos consumidores, proibindo,

²⁸ Castanheira NEVES. *Introdução ao Estudo e Direito*. Coimbra Editora, Coimbra, 1989-90, pp. 89 e seguintes.

fiscalizando e sancionando rigorosamente qualquer exercício institucional de cursos irregulares no mercado nacional.

REFERÊNCIAS

REPÚBLICA DE ANGOLA. **Constituição**. Publicada pelo Diário da República n.º 23, I Série, de 5 de Fevereiro de 2010, alterada pela Lei de Revisão Constitucional (Lei n.º 18/21, de 16 de Agosto), publicada pelo Diário da República n.º 154, I Série, de 16 de Agosto de 2021. Disponível em: <https://www.diario-da-republica.ao>.

Lei das Actividades Comerciais (Lei n.º 1/07, de 14 de Maio). Publicada pelo Diário da República n.º 58, I Série, de 14 de Maio de 2007. Disponível em: <https://www.diario-da-republica.ao>.

Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 15/03, de 22 de Julho). Publicada pelo Diário da República n.º 57, I Série, de 22 de Julho de 2003. Disponível em: <https://www.diario-da-republica.ao>.

Lei Orgânica da Procuradoria Geral da República e do Ministério Público (Lei n.º 22/12, de 14 de Agosto). Publicada pelo Diário da República n.º 156, I Série, de 14 de Agosto de 2012. Disponível em: <https://www.diario-da-republica.ao>.

Lei sobre as Cláusulas Gerais Contratuais (Lei n.º 4/03, de 18 de Fevereiro). Disponível em: <https://www.diario-da-republica.ao>.

Estatuto Orgânico Autoridade Nacional de Inspeção Económica e Segurança Alimentar (ANIESA). Publicada pelo Diário da República n.º 165, I Série, de 16 de Outubro de 2020. Disponível em: <https://www.diario-da-republica.ao>.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://www.saraiva.com.br>.

DA CONCEIÇÃO, Lourivaldo. **Curso de Direitos Fundamentais**. Editora da Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande – PB, 2016. Disponível em: <https://www.uepb.edu.br>.

DA FONSECA, João Bosco L. **Direito Económico**. 9ª ed. Revista, Atual. e Ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. Disponível em: <https://www.editoraforense.com.br>.

DE MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito Económico**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. Disponível em: <https://www.almedina.net>.

DO AMARAL, Diogo Freitas. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. 4ª ed. Lisboa: Almedina, 2015. Disponível em: <https://www.almedina.net>.

DO AMARAL, Diogo Freitas. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2012. Disponível em: <https://www.almedina.net>.

GOMES, Carla Amado. Direito e Deveres dos alunos nas escolas públicas de Ensino não superior: Existe um direito à qualidade de Ensino? 1970, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Vol. 47, n.s 1-2, Lisboa, 2006. Disponível em: <https://www.fd.ul.pt>.

LUÑO, António Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. Imprensa: Madrid, Tecnos, 1988. Disponível em: <https://www.tecnos.es>.

MELGARÉ, Plínio. “**Um Olhar sobre os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito - Breves Reflexões ao Abrigo de uma Perspectiva Material**”. Jurisdição e Direitos Fundamentais, Anuário 200/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul-AJURIS, Vol. I, Tomo II, Livraria do Advogado, Porto Alegre. Disponível em: <https://www.livrariadoadvogado.com.br>.

NDULI, Abel Carlos Buzi. **A Protecção Jurídica do Consumidor em Angola: Contratos Relativos a Comunicações Electrónicas** (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais), apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Portugal, 2014. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt>.

NEVES, Castanheira. *Introdução ao Estudo e Direito*. Coimbra Editora, Coimbra, 1989-90.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais- Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10.^a edição revista, actualizada e ampliada. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.

O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO NAS VACINAS DE COVID-19: UMA VISÃO SOB A ÓTICA JURÍDICA E DA EPISTEMOLOGIA CIENTÍFICA

Daniel Antônio de Aquino Neto¹

RESUMO

Na virada de 2019 para 2020, teve início a Pandemia da Covid-19, considerada a mais mortífera desde a Gripe Espanhola de 1918/20. O saldo total de alguns milhões de mortos e uma altíssima quantidade de infectados em decorrência de seu veloz alastramento levaram a pesquisas desenfreadas no intuito de criar uma vacina eficaz. Em razão da emergência sanitária, os protocolos não seguiram o vagar normal como a própria indústria farmacêutica admitiu posteriormente. Queixas diversas surgiram no sentido de que informações relevantes não estavam sendo divulgadas pelos grandes laboratórios. Este artigo faz uma análise de algumas dessas situações ocorridas no Brasil sob a ótica do direito à informação do consumidor. Em seguida aborda a discussão sob a filosofia da ciência.

Palavras-Chave: Covid-19; Vacinas; Informação; Direito do consumidor.

ABSTRACT

At the turn of 2019 to 2020, the Covid-19 Pandemic began, considered the deadliest since the Spanish Flu of 1918/20. The total death toll of several million and a very high number of infected people as a result of its rapid spread led to unbridled research with the aim of creating an effective vaccine. Due to the health emergency, the protocols did not follow the normal pace, as the pharmaceutical industry itself later admitted. Various complaints arose that relevant information was not being disclosed by large laboratories. This article analyzes some of these situations that occurred in Brazil from the perspective of the consumer's right to information. Then addresses the discussion under the philosophy of Science.

Keywords: Covid-19. Vaccines; Information; Consumer's law.

PARTE I – ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-JURÍDICO

1. A PANDEMIA DE COVID-19 – UM RETROSPECTO GLOBAL E BRASILEIRO.

A Pandemia de Covid-19 teve por causa o vírus SARS-COV-2, localizado inicialmente em Wuhan, na China, cidade sede de um dos principais laboratórios de virologia

¹ Doutor em Direito (UFMG), professor da Universidade do Estado do Amazonas e oficial de registro.

do mundo e também local dos polêmicos experimentos de “ganho de função”. Segue uma cronologia básica dos principais eventos da pandemia em âmbito global², seguida de uma cronologia de âmbito estritamente brasileiro³:

- a) 31/12/19 – O município de Wuhan reporta os primeiros casos de pneumonia que seriam ligados à Covid;
- b) 11/01/20 – A Organização Mundial de Saúde (OMS) é notificada de que a China tinha um novo tipo de coronavírus;
- c) 30/01/20 – A OMS declara emergência sanitária;
- d) 19/3/20 – A Itália ultrapassa a China em casos de Covid;
- e) 26/03/20 – Os EUA ultrapassam China e Itália em casos de Covid;
- f) 02/04/20 – É superada a marca de 1 milhão de casos;
- g) 07/06/20 – A pandemia supera os 400 mil mortos;
- h) 28/09/20 – É superada a marca de 1 milhão de mortos;
- i) 09/11/20 – A Pfizer inicia os primeiros testes para uma vacina;
- j) Dez/2020 – Têm início as campanhas de vacinação nos EUA, Reino Unido, Rússia e União Europeia;
- k) 15/01/21 – O número de mortos chega oficialmente a 2 milhões;
- l) Mar/21 – a Desaceleração da pandemia nos EUA e novo crescimento da Europa e América Latina;
- m) 12/03/21 – Anunciado que vários países deixaram de usar a vacina AstraZeneca por risco de trombose;
- n) Abr/21 – Surgimento da variante delta;
- o) Nov/21 – Surgimento da variante ômicron;
- p) 10/11/21 – A Alemanha desaconselha o uso da vacina Moderna por eventual risco de miocardite;
- q) 1º/01/22 – A Europa ultrapassa 100 milhões de casos;
- r) 06/03/22 – O número de mortos no planeta ultrapassa os 6 milhões;
- s) 21/10/22 – Os EUA ultrapassam 99 milhões de casos;
- t) 11/11/22 – A OMS anuncia queda de 90% das mortes desde fevereiro;

²As fontes aqui empregadas foram diversas, como https://en.wikipedia.org/wiki/COVID-19_pandemic#History https://pt.wikipedia.org/wiki/Pandemia_de_COVID-19#cite_note-NM-20200317-21 <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline>

³ A fonte principal foi o portal de notícias do governo federal: www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/

u) 05/05/23 – A OMS suspende o nível de alerta máximo;

Cronologia dos eventos principais no Brasil:

- a) 03/02/2020 – O Brasil declara emergência sanitária;
- b) 25/02/2020 – Confirmada a primeira infecção de Covid em solo nacional (as anteriores haviam sido adquiridas por brasileiros em viagem);
- c) 17/03/2020 – Confirmada a primeira morte no Brasil por Covid em São Paulo;
- d) 21/03/2020 – Determinada a primeira quarentena no estado de São Paulo;
- e) 30/04/2020 – O Brasil ultrapassa 87 mil casos;
- f) 03/05/2020 – O Brasil ultrapassa os 100 mil casos;
- g) 05/05/2020 – O Brasil registra 600 mortes em 24 horas;
- h) Abril a maio de 2020 – A “primeira onda” de Covid resultante da cepa original do vírus;
- i) Dezembro de 2020 – Início da “segunda onda” de Covid resultante da variante gama do vírus, que durou até março de 2021;
- j) Janeiro de 2021 – Início da vacinação no Brasil;
- k) Janeiro de 2022 – Início da “terceira onda” por conta da variante ômicron;
- l) Abril de 2022 – Revogada a emergência sanitária nacional;
- m) Outubro de 2022 – Nova elevação de casos pela subvariante BQ.1 da ômicron;
- n) 28/3/2023 – o Brasil alcança a marca de 700 mil mortos.

No exato momento em que este artigo é entregue (15/10/24), são contabilizados 38.953.513 casos e 713.626 óbitos no Brasil⁴. A Covid não é mais uma emergência sanitária nem localmente, nem globalmente.

A vacinação, contudo, foi e continua sendo objeto de polêmica, visto que tanto em âmbito internacional quanto nacional, críticas diversas se acumularam, notadamente de três tipos: eficácia da vacinação, efeitos colaterais e obrigatoriedade. Todos estão intimamente ligados à questão informacional. Este artigo não tem a pretensão de abarcar todas as controvérsias (que são muitas), mas apenas fará uma análise de duas delas que repercutiram em âmbito internacional e nacional.

2. O direito à informação perante o Código de Defesa do Consumidor.

⁴ <https://covid.saude.gov.br/>

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro assim prevê em seu art. 6º como seus três primeiros direitos básicos a proteção à incolumidade física, seguido da educação e informação sobre o consumo de produtos e serviços⁵. Esta ordem é semelhante àquela do célebre discurso de John Kennedy (15/3/1962) que preceituou quatro direitos dos consumidores, sendo os primeiros segurança e informação⁶.

As regras sobre proteção à segurança (o que evidentemente inclui a qualidade dos produtos e serviços) sem dúvida são a principal razão de ser da legislação consumerista, visto que a vida e a integridade física (vida saudável) são os bens jurídicos mais valiosos (daí que no âmbito penal sejam justamente os bens tutelados com as penas mais rigorosas para os delitos que contra eles atentem). Todavia para saber se algum produto ou serviço atenta contra a incolumidade dos consumidores, é necessário buscar o máximo de dados a seu respeito. Portanto se do ponto de vista **ontológico** a vida e seguranças são bens mais valiosos (daí serem mencionados em primeiro lugar) que a informação, do ponto de vista **epistemológico** é a esta última que pertence a primazia. Inclusive a assimetria de conhecimento é um elemento fundamental na caracterização da vulnerabilidade informacional, mitigada pelo direito à informação, que por sua vez é dever correlato do fornecedor em função da boa-fé objetiva:

As relações de consumo são norteadas pelo princípio boa-fé objetiva (arts. 4º, III, e 51, IV), que, em síntese, significa conduta dos atores (consumidor e fornecedor) pautada pela lealdade, transparência e confiança. A boa-fé objetiva orienta todos os vínculos – contratuais e extracontratuais – estabelecidos no mercado de consumo⁷.

Aliás, a vulnerabilidade informacional integra um dos princípios que norteiam o direito à informação do consumidor, sendo os demais o da confiança, o da transparência e o diálogo das fontes. Embora em regra a vulnerabilidade seja um critério socioeconômico, nas relações de consumo ela é um critério baseado na assimetria de posição entre fornecedor e consumidor, mesmo que este último esteja mais bem situado que o primeiro na pirâmide social (daí que nem todo consumidor é hipossuficiente, mas todos são vulneráveis). No sentido lato,

⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

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

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

⁶ <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest>

⁷ Bessa, p. 144.

usando as palavras do Prof. Leite Barros: “A vulnerabilidade é um estado anímico da pessoa, traço universal entre todos os consumidores, independentemente do poderio econômico⁸”.

Sem dúvida que, a despeito das abstrações teóricas, do ponto de vista prático não é possível dissociar o direito à incolumidade física do direito à informação. A própria ideia de risco está ligada à avaliação de dados disponíveis⁹ que permitam uma avaliação razoavelmente clara dos bônus e ônus de cada produto ou serviço colocado no mercado.

Essa disponibilidade de dados por sua vez é tratada **bilateralmente**. Se é direito do consumidor ter as informações sobre o produto ou serviço, é dever do fornecedor ter essas informações e adequar sua conduta no mercado de consumo em conformidade com elas¹⁰ de maneira a fornecer bens funcionais e seguros, ou no linguajar consumerista, desprovidos de vício (disfuncionalidade do bem que não afeta a segurança do consumidor) e defeito (disfuncionalidade do bem que afeta a segurança do consumidor), cabendo lembrar que este último se vincula basicamente com a compreensão de legítima expectativa de segurança¹¹. Se a expectativa é baixa ou mesmo negativa, não há que se falar em defeito. Esse é o motivo pelo qual o cigarro não é considerado *per si* um produto defeituoso, visto que quase ninguém espera hoje em dia que o tabaco seja algo seguro para a saúde¹².

Como sabido, não é possível eliminar integralmente o risco, que poderá estar presente na forma de nocividade ou periculosidade. Entretanto quando presentes em alto grau, ou seja, acima do esperado, o fornecedor deve se abster de coloca-los no mercado¹³.

⁸ Leite Barros, p. 113.

⁹ Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. § 1º Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

¹⁰ Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 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 imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

¹¹ Bessa, 251.

¹² Em essência este foi o fundamento da decisão do STJ que excluiu a responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros. Vide REsp 1113804/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 24/06/2010.

¹³ Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

2 A INCIDÊNCIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR AOS USUÁRIOS DA VACINA

O art. 2º do CDC é peremptório no sentido de que consumidor é todo aquele *que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*¹⁴. Portanto fica claro que independentemente do usuário final ter adquirido a vacina por recursos próprios ou via intermediação estatal, a proteção da Lei 8.078/90 o alberga. Seguem as palavras de Leonardo Bessa:

O caput do art. 2º apresenta o conceito básico de consumidor com o objetivo de definir o campo de abrangência da norma. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor a determinada situação fática requer, como regra, a caracterização da relação de consumo, que é justamente o vínculo jurídico estabelecido entre consumidor e fornecedor no âmbito do mercado de consumo. Para simplificar: a incidência do CDC decorre da configuração de relação de consumo estabelecida entre consumidor e fornecedor, tendo por objeto – direta ou indiretamente – a comercialização de produto ou prestação de serviço (arts. 2º e 3º).

A relação de consumo, nos termos delineados pelo Código de Defesa do Consumidor, possui elementos subjetivos, objetivos e teleológico. Os elementos subjetivos são os sujeitos da relação: consumidor e fornecedor. O elemento objetivo é o produto e/ou serviço. O elemento teleológico é a finalidade: destinação final do produto ou serviço¹⁵.

Portanto não é necessário recorrer a qualquer corrente maximalista para caracterizar o usuário da vacina como consumidor, visto ser uma relação jurídica consumerista a preencher na plenitude os critérios legais e doutrinários necessários. Note-se que sob a ótica maximalista até mesmo o Poder Público poderia ser considerado consumidor, mas isto é algo que já foge do escopo deste artigo.

3 A EFICÁCIA DA VACINA: VÍCIO DE FUNCIONALIDADE OU FALHA DE INFORMAÇÃO?

Quando as vacinas contra Covid chegaram ao mercado, elas foram imediatamente propagadas como sendo imunizantes (o que normalmente se espera de uma vacina) no sentido de impedir a pessoa de contrair uma doença ou então, caso ela contraia, que o faça com uma

¹⁴ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹⁵ Bessa, pp. 44 e 45.

carga tão baixa da cepa que não sinta os efeitos da doença ou que não possa transmiti-la, impedindo, portanto, a circulação.

Antes que alguém objete contra tal definição e alegue que também se pode chamar de imunidade qualquer melhoria da capacidade corporal no combate a uma doença¹⁶, é preciso enfatizar que **não foi esta a versão passada à população**. O Poder Público deixou claro que a imunidade correspondia à primeira definição, como podemos ver em alguns exemplos:

As vacinas são o primeiro passo para o fim da pandemia do novo coronavírus, mas a imunidade não começa imediatamente após tomar a segunda dose do imunizante. **Caso uma pessoa tenha Covid-19 logo após se imunizar, isso não significa que a vacina não funcionou, mas que o seu sistema imunológico ainda não teve tempo para criar a resposta imune** (1º/4/21)¹⁷.

Mais urgente do que saber quantos anticorpos cada um tem, é vacinar a população para que o vírus pare de circular. Afinal, a vacinação é um ato coletivo, não individual. “A grande preocupação é imunizar todo mundo imediatamente, o mais rápido possível”, completa a cientista¹⁸ (4/10/21)¹⁹.

Como sabemos, não foi exatamente dessa maneira que as coisas aconteceram. Daí surgiu a necessidade de novas dosagens, **as quais, conforme os dados, embora apontem fortalecimento da capacidade imunológica, não impedem a transmissão**, como anteriormente propagado e finalmente admitido no segundo semestre de 2021²⁰.

Justiça seja feita, ainda em 2020 havia pesquisadores mais francos que alertaram não ser a vacina a panaceia e que somente na prática se saberia sobre seus resultados. O professor Paulo Calixto do Instituto Federal de Santa Catarina admitiu sem rodeios em 27/10/20: *Muito provavelmente, a gente vai vacinar uma parte da população, e essa vacinação em massa é que vai ser o teste de eficácia dessa vacina*²¹. Todavia não foi esta a versão que prevaleceu no que foi divulgado à população. E na prática se concluiu que uma dose não seria suficiente. Já em janeiro de 2022, o CEO da Pfizer admitia que apenas duas doses seriam ineficientes. Atualmente se propugna a quinta dose²². Isso contrasta com o otimismo que víamos nas publicações de fontes oficiais no início de 2021:

¹⁶ Medical Dictionary of Health Terms: D-I - Harvard Health

¹⁷ QUANTO TEMPO DEMORA PARA ADQUIRIR IMUNIDADE APÓS TOMAR A VACINA CONTRA O COVID-19? (saomanuel.sp.gov.br)

¹⁸ Uma dose de CoronaVac reativa resposta imune de quem teve Covid há mais de um ano, mostra estudo - Instituto Butantan

¹⁹ Entenda por que não é tão fácil avaliar a imunidade de uma pessoa contra a Covid - Instituto Butantan

²⁰ https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3883263

²¹ Quando tivermos vacina, não teremos mais pandemia? - Portal do IFSC

²² Quinta dose: como fica o esquema de vacinação para quem tem menos de 70 anos | GZH (clicrbs.com.br)



O post do ex-governador de São Paulo, João Doria, continua acessível²³, embora o do Instituto Butantan não seja mais localizável, porém na página oficial ainda está o dado²⁴:



Vacina do Butantan atinge 100% de eficácia para casos moderados e graves

Publicado em: 14/01/2021

Deixe-se claro um ponto relevante: **se mesmo não sendo impeditivas de contaminação e transmissão (ou mesmo do óbito), as vacinas atuam como fortificantes do sistema imunológico, isso sem dúvida já é um excelente ganho.** Todavia cabe lembrar que se um produto é lançado dentro de uma expectativa não correspondida, o consumidor está tendo seus direitos lesados e pode ser indenizado por isso. O vício informacional que propaga um produto como tendo qualidades de alto nível não tem sua responsabilidade afastada mesmo em caso de comprovação de eficácia comparativamente mediana. Daí que nestes casos ser cabível,

²³ <https://x.com/jdoriajr/status/1349681324131450884>

²⁴ <https://butantan.gov.br/noticias/vacina-do-butantan-atinge-100-de-eficacia-para-casos-moderados-e-graves>

por exemplo, a ação *quantum minoris* com base no próprio Código de Defesa do Consumidor²⁵. O fato de alguém criticar a indústria automobilística e exigir padrões de segurança não significa que essa pessoa seja a favor de andar a pé. Trata-se apenas de não considerar qualquer ramo da economia como estando acima da lei.

4 O PROBLEMA DA OCULTAÇÃO DE DADOS SOBRE OS CONTRATOS DAS VACINAS

Em janeiro de 2022, o juiz Mark Pittman determinou ao *Food and Drug Administration* (FDA), órgão máximo do controle sanitário nos EUA para alimentos e medicamentos, que liberasse a documentação sobre os trâmites que levaram à aprovação da vacina da Pfizer no país: cerca de 450 mil páginas²⁷. Na tentativa frustrada de conciliação, a FDA havia se proposto a liberar 500 páginas **por mês**, o que custaria três quartos de século até a divulgação total²⁸. A divulgação dos documentos mostrou diversas informações sobre efeitos colaterais que outrora haviam sido sonegadas ao público²⁹. Neste aspecto, chamou a atenção do mundo inteiro quando a representante da Pfizer admitiu perante uma audiência no parlamento europeu que não houvera tempo de testar a vacina em sua capacidade de impedir a transmissão da doença³⁰. Mais ainda: ela textualmente disse que em razão da urgência, precisava aceitar algum risco³¹.

²⁵ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

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

III - o abatimento proporcional do preço.

²⁶ Acresça um outro ponto bastante relevante: a obrigatoriedade dos passaportes sanitários que tiraram a liberdade de locomoção, de estudo e de trabalho de inúmeras pessoas. Contudo se a vacinação não impede o contágio, o passaporte sanitário perde sua principal razão de ser. Este foi o motivo pelo qual a Suprema Corte de Nova York determinou a reintegração de trabalhadores demitidos por terem recusado à vacinação. Vide: [NY court workers fired over vaccine mandate must be rehired with back pay: Board - syracuse.com](https://www.nytimes.com/2022/01/13/us/politics/fda-pfizer-vaccine-docs.html).

²⁷ ‘Paramount importance’: Judge orders FDA to hasten release of Pfizer vaccine docs | Reuters

²⁸ Wait what? FDA wants 55 years to process FOIA request over vaccine data | Reuters

²⁹ Documentos inéditos sobre a vacina da Pfizer revelam seus riscos (gazetadopovo.com.br)

³⁰ Na verdade o próprio CEO da empresa, Albert Bourla, que foi convocado, mas simplesmente faltou e mandou uma de suas executivas ir na sessão.

³¹ Pfizer didn’t know if Covid vaccine stopped transmission before rollout | news.com.au — Australia’s leading news site

No Brasil tivemos uma situação semelhante: a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), que foi a produtora brasileira da vacina AstraZeneca, em 2021 conseguiu que se decretasse sigilo de 15 anos para os documentos referentes ao respectivo contrato de transferência de tecnologia, os quais seriam armazenados num cofre especial ao custo de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais)³².

O sigilo decretado sobre parte dos contratos é justificado pela Fiocruz com base em trechos da Lei de Acesso à Informação e do decreto que definem como segredos os documentos que podem, se públicos, “pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população”, “oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do país”, e “pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares”.

No website da Fiocruz, há uma versão mutilada do contrato³³ onde várias cláusulas foram omitidas (mediante espaços em branco). A cláusula 16.2, contudo, está exibida na íntegra:

As Partes adotarão todas as medidas necessárias para proteger o sigilo das informações das Informações Confidenciais recebidas em função da celebração, desenvolvimento e execução do presente Contrato, não as divulgando a terceiros sem a prévia e escrita autorização da outra Parte devendo, para tanto, orientar seus empregados e colaboradores de acordo, sendo **vedada a reprodução, divulgação ou utilização de quaisquer informações** sem o consentimento, por escrito, da Parte contrária.

Mais adiante (cláusula 16.5), são colocadas as exceções à confidencialidade:

16.5. Não haverá violação das obrigações de confidencialidade previstas neste Contrato nas seguintes hipóteses:

- a) informações técnicas ou comerciais que já sejam do conhecimento das Partes nos dados de divulgação, ou que tenham sido comprovadamente realizadas de maneira independente e sem relação ao presente Contrato, pela
- b) informações técnicas ou comerciais que sejam ou se tornem de domínio público, sem culpa da(s) Parte(s);
- c) qualquer informação que tenha sido revelada somente em termos gerais, não será considerada
- d) informações técnicas ou comerciais que sejam recebidas de um terceiro que não esteja sob obrigação de manter as informações técnicas ou comerciais em confidenciais
- e) informações que possam ser divulgadas por lei, decisão judicial ou administrativa;
- e
- f) revelação expressamente autorizada, por escrito, pela parte.

³² Fiocruz quer construir local para guardar documentos sigilosos sobre vacina | CNN Brasil

³³ Contrato de encomenda tecnológica entre a Fiocruz e a AstraZeneca - Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz): Ciência e tecnologia em saúde para a população brasileira

De imediato, chama a atenção para a abrangência da cláusula de confidencialidade, bem como para a inocuidade das exceções. O item *a* diz que serão públicas as informações não relacionadas ao contrato (o que é a mesma coisa que um autor dizer que seus direitos não se aplicam a outras obras que não as escritas por ele); o item *b* excepcionaliza as informações de domínio público, **sendo que essas já são públicas por lei**; o item *c* fala de *informação... em termos gerais*, ou seja, dados específicos continuam sigilosos; o item *d* fala de informações oriundas de terceiros não obrigados ao contrato (e evidentemente que um contrato jamais pode exigir confidencialidade – ou qualquer outra obrigação – de quem não seja parte); o item *e* excepcionaliza dados que se tornem públicos por norma jurídica (legislativa ou jurisprudencial), o que também é uma platitude (visto que a norma jurídica cogente se sobrepõe aos contratos); por fim o item *f* prevê levantamento da confidencialidade se autorizado pelas partes (outra platitude).

Data vênia, mas chama a atenção o fato de que a regra de confidencialidade ser tão abrangente enquanto que suas exceções são redundantes. De qualquer maneira, indiscutivelmente isso vai contra o que prevê o Código de Defesa do Consumidor, que em se tratando de informações do interesse do consumidor, somente abre exceção para os casos de **segredo industrial**³⁴. É evidente para qualquer um que leia o contrato, que a abrangência da cláusula vai muito além da proteção a uma patente. Trata-se de uma situação que cria uma assimetria abissal entre consumidor e fornecedor, tanto no campo da vulnerabilidade informacional quanto técnica e jurídica. Cabe aqui lembrar a diferenciação explicada por Leite Barros:

A doutrina brasileira aponta 4 espécies de vulnerabilidade: técnica, jurídica, fática e informacional.

A vulnerabilidade técnica refere-se à ausência de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que está adquirindo e, nessa medida, pode ser mais facilmente persuadido pelo fornecedor. Por exemplo, o caso em que há aquisição de produtos informáticos quando o consumidor é leigo no assunto e, eventualmente, pode adquirir uma mercadoria mais cara daquela que seria apta à sua necessidade.

Por sua vez, a vulnerabilidade jurídica ou científica atina-se à ausência de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia na relação de consumo. Tal espécie é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Por outro lado, para os profissionais e pessoas jurídicas, a presunção é às avessas, ou seja, os mesmos devem possuir conhecimentos

³⁴ Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 4º Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.

jurídicos mínimos e também sobre economia para exercerem adequadamente a profissão, ou consultar pessoas qualificadas antes de pactuarem com o consumidor. Em outro viés, a vulnerabilidade fática tem como norte as características do contraente, em regra, o fornecedor, que impõe sua força e superioridade. É a desproporção fática de forças entre os contratantes, seja intelectual ou econômica. Finalmente, a vulnerabilidade informacional é aquela decorrente da assimetria de informação, ou seja, da detenção das informações por parte do fornecedor de todo o processo produtivo de seu produto ou serviço, gerando uma carência informacional para o consumidor³⁵.

Por fim, cabe lembrar em razão da natureza cogente das regras do CDC, acordos privados não podem a ele se sobrepor, salvo excepcionalmente.

De qualquer maneira, o contrato foi assinado em 8 de setembro de 2020. Apenas seis meses depois (como relatado no calendário já exposto), alguns países europeus deixaram de usar a Astrazeneca. Em abril de 2021, a *European Medicines Agency* (EMA) admitiu oficialmente uma ligação entre a vacina e trombocitose, embora atenuasse a informação mediante o complemento de que se tratavam de casos raros³⁶, o que o governo brasileiro praticamente repetiu no mês seguinte³⁷ (embora numa linguagem muito menos técnica e mais propagandística).

Há um ponto que precisa ser esclarecido: alegar que os efeitos adversos são raros não é de maneira alguma boa estatística para esses casos. Efeitos colaterais por natureza **são exceção e não a regra**. Segundo os artigos citados, a trombocitose causada pela Astrazeneca seria 1 em cada 10 mil casos. Ora, conforme a bula de um dos mais banais medicamentos analgésicos e antitérmicos, o Tylenol, a reação adversa de urticária tem exatamente a mesma proporção: 0,01%, ou seja, 1 em cada 10 mil casos³⁸. Ora, se um efeito colateral de mera coceira gera obrigação informativa, é evidente que um efeito de trombocitose da mesma proporção precisa gerar. Porém o fato é que somente **três anos depois** a Astrazeneca admitiu judicialmente o problema (abrindo a possibilidade de compensação aos pacientes afetados, representados numa ação coletiva contra a empresa³⁹. Em seguida tomou a decisão de retirar sua vacina do mercado⁴⁰.

³⁵ Leite Barros, p. 114.

³⁶ Vacina COVID-19 da AstraZeneca: EMA encontra possível ligação com casos muito raros de coágulos sanguíneos incomuns com plaquetas sanguíneas baixas | Agência Europeia de Medicamentos (EMA) (europa.eu)

³⁷ Entenda o efeito colateral raro da vacina da AstraZeneca contra covid-19 — Ministério da Saúde (www.gov.br)

³⁸ Tylenol Comprimido: bula, para que serve e como usar | CR (consultaremedios.com.br)

³⁹ AstraZeneca admite que sua vacina Covid pode causar efeitos colaterais raros em documentos judiciais pela primeira vez (telegraph.co.uk)

⁴⁰ Covid: por que AstraZeneca decidiu 'aposentar' sua vacina - BBC News Brasil

Ainda que se trate de vício de informação decorrente de risco de desenvolvimento, mesmo assim a transparência é fundamental (e evidentemente incompatível com injustificadas exigências de sigilo). No dizer de Paulo Lobo: “*Insuficiente é, também, a informação que reduz, de modo proposital, as consequências danosas pelo uso do produto, em virtude do estágio ainda incerto do conhecimento científico ou tecnológico*”⁴¹.

Além disso, o mero dado estatístico bruto não encerra a discussão, pois existe sempre a variante para os grupos de risco. Medicamentos que no geral são inócuos em pacientes comuns, podem ser muito mais prejudiciais a gestantes, idosos, obesos, cardíacos, etc. E a clareza de informação é ainda mais necessária a tais grupos justamente **para fundamentar seu direito de recusa ao medicamento**. Lembremos novamente que informação e segurança estão intimamente relacionados e é justamente a clareza de dados que pode determinar se um medicamento é mais seguro para o paciente X, mas não tão seguro para o paciente Y. Neste ponto cabe citar o Ministro Humberto Martins:

Como sabido, quem conhece o produto ou serviço oferecido (porque o produziu ou tem vínculo com o processo de fabricação ou distribuição) deverá prestar ao consumidor (que desconhece todo esse processo) informação suficiente para que este tenha liberdade de escolha diante dos bens oferecidos no mercado ou possa se prevenir quanto à eventual periculosidade ou nocividade de um produto ou serviço já adquirido⁴².

Novamente as palavras do mesmo autor, dessa vez na condição de julgador do REsp 1.364.915:

Mais do que obrigação decorrente de lei, o dever de informar é uma forma de cooperação, uma necessidade social. Na atividade de fomento ao consumo e na cadeia fornecedora, o dever de informar tornou-se autêntico ônus proativo incumbido aos fornecedores (parceiros comerciais, ou não, do consumidor), pondo fim à antiga e injusta obrigação que o consumidor tinha de se acautelar (*caveat emptor*)⁴³.

Situação semelhante aconteceu com o contrato da Pfizer que chegou a ser disponibilizado (ninguém sabe se foi acidental) no site oficial do Ministério da Saúde, o qual foi notificado pela empresa a retirar o documento do ar, tendo o órgão o feito prontamente⁴⁴. O segundo contrato da Pfizer teve idêntico destino: colocado em sigilo⁴⁵. Esclareça-se que os prazos de sigilo (15 para Astrazeneca e 10 anos para a Pfizer no Brasil e de 55 a 75 nos EUA)

⁴¹ <https://www.sedep.com.br/artigos/a-informacao-como-direito-fundamental-do-consumidor/>

⁴² <https://www.conjur.com.br/2020-fev-19/dever-informar-direito-informacao-parte/>

⁴³ <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/veja-stj-julgado-dever-informacao-consumidor/>

⁴⁴ Governo quebra cláusula de confidencialidade e divulga contrato com a Pfizer (poder360.com.br)

⁴⁵ Saúde impõe sigilo de 10 anos sobre 2º contrato com a Pfizer (oantagonista.com.br)

não se coadunam com a justificativa de proteção a direito de patente (cuja duração é de 20 anos)⁴⁶.

PARTE II – EPISTEMOLOGIA EM FILOSOFIA DA CIÊNCIA

5 A BUSCA DA VERDADE CIENTÍFICA E SEU DISCURSO.

Ti estin aletheia – O que é a verdade? A clássica pergunta de Pôncio Pilatos (não respondida pelo Nazareno, como é embaraçoso lembrar) continua a ecoar em nossos ouvidos. Como sabido, o inverso do verdadeiro é o falso, o famoso *fake* em inglês, cujo uso foi copiado internacionalmente num estrangeirismo irritante. As duas discussões colocadas nos tópicos anteriores nem de longe foram tão anódinas quanto a abordagem técnica aqui refletiu. Ao contrário: nelas foram delimitadas posições onde os confrontantes não eram simplesmente tratados como detentores de opiniões distintas, mas sim como “negacionistas”, “anticientíficos” e verdadeiros inimigos da saúde pública. Durante bastante tempo, falar sobre efeitos colaterais de vacinas ou questionar seus dados foi considerado não apenas errado, mas até mesmo desumano (e alguns ainda pensam assim). Não deixa de ser interessante lembrar que um princípio básico da farmacologia é que *todo medicamento tem seu efeito colateral*. Porém tal verdade científica básica foi duramente atacada no caso das vacinas. Nos tópicos anteriores foi exposto o porquê se deveria questionar isso do ponto de vista jurídico. Aqui vamos tratar a situação sob a ótica científico-filosófica.

Da pergunta “*o que é a verdade?*” podemos derivar outra: *de onde veio a verdade?* Talvez aqui possamos iniciar nossa breve investigação. O mito engloba a origem explicativa de povos diversos, inclusive com algumas constantes que são notadas em culturas distintas: a “queda” ou decaimento do homem vindo de um estágio superior ao qual se almeja retornar está tanto no Gênesis quanto na ideia da “terra sem mal” dos guaranis; o dilúvio é encontrado tanto na mitologia judaica, chinesa e tupinambá quanto em outras tantas⁴⁷.

A linguagem poética, na esteira de Aristóteles, se presta à descrição do mito mediante as figuras alegóricas. E note-se que mesmo quando a crença no mito decai, sua força

⁴⁶ Lei 9.279/96, art. 40. **A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos** e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Este por sua vez é derivado da regra geral internacional prevista no art. 33 da 2ª parte do Acordo TRIPS sobre propriedade intelectual e comércio exterior, assinado em 1994 ao final da Rodada Uruguai que criou a Organização Mundial de Comércio. Vide WTO | intellectual property (TRIPS) - agreement text - standards

⁴⁷ Possivelmente uma lembrança ancestral do grande derretimento de geleiras ao fim da última Era Glacial há 12 mil anos

explicativa pode continuar presente no inconsciente coletivo de uma sociedade⁴⁸. Após a decadência do mito explicativo, a linguagem retórica sucede à poética, visto que a arte do convencimento deve ser utilizada para induzir os comportamentos que outrora seriam aceitos sem grande contestação pela força do credo. Mas cabe lembrar que uma vez que a argumentação desceu ao patamar humano, ela pode ser contraditada de igual para igual. Aí surge a linguagem dialética (confronto de hipóteses). De tal confronto podem ser extraídas certas regras de pensamento formal, o que nos leva à Lógica (ou Analítica). Dessa maneira temos enumeradas as quatro formas (poética, retórica, dialética e lógica) de linguagem aristotélica como explicado por Olavo de Carvalho em sua teoria dos quatro discursos⁴⁹.

A Ciência desde o início se apresenta como herdeira do discurso dialético e lógico: o confronto de teses e antíteses para daí haver a extração de verdades razoavelmente apodícticas. Evidentemente que o discurso dialético pode ser tanto interno como externo. No caso em análise, podemos ter o confronto entre hipóteses **dentro** da Ciência e o confronto com hipóteses **fora** da Ciência.

Ocorre que mesmo esta distinção não é tão nítida quanto na teoria parece. Dentro do pensamento de Thomas Khün⁵⁰ (apoiado nos conceitos de Ludwig Fleck), os consensos científicos são formados por paradigmas que ciclicamente são desafiados, seja por problemas operacionais (as anomalias), seja pelas teorias opostas (geradoras da crise, ou seja, o início do colapso da teoria anterior) até serem substituídos por novos paradigmas que estruturam novos consensos⁵¹. Ocorre que muitas vezes o desafio ao paradigma dominante pode vir de alguém ou um grupo **considerados** fora do campo da ciência, por mais científico que seja seu trabalho, ainda que posteriormente a posição seja considerada científica, ou seja, algo que começa como um confronto científico **externo** com o tempo passa a ser visto como um confronto **interno**. Por outro lado, o inverso também pode ocorrer onde um confronto **interno** de proposições científicas passe a ser retratado posteriormente como **externo**. Vejamos uma situação de cada:

6 O CONFRONTO CIENTÍFICO EXTERNO VALIDADO COMO INTERNO A POSTERIORI – O CASO DA IDADE DA TERRA

⁴⁸ Vide *Os gregos acreditavam em seus mitos?* de VEYNE.

⁴⁹ Vide *Uma filosofia aristotélica da cultura*.

⁵⁰ Vide o clássico *Estrutura das Revoluções Científicas*.

⁵¹ Khün foi acusado de tratar a ciência como algo arbitrário, o que fez mitigar algumas de suas posições em escritos superiores. Além disso, sem dúvida, a mudança de paradigma nunca é um descarte total, sempre permanecendo um resíduo que se mantém como substrato para novas ideias. Vide *Senso Incomum: a natureza herética da ciência moderna*.

Em 1801, William Smith, um agrimensor inglês com experiência em mineração, apresentou o primeiro mapa geológico da Inglaterra mediante a aplicação dos princípios da estratigrafia⁵² que haviam sido concebidos na pesquisa de Nicolau Steno⁵³, um clérigo italiano do século XVII. Décadas depois, Darwin fundaria a biologia evolucionista.

Ocorre que tanto a Geologia quanto posteriormente a Teoria da Evolução, ainda que partindo de premissas distintas, chegaram à mesma conclusão: o planeta Terra deveria ter uma idade muito maior do que àquela que lhe era atribuída. Tanto as escalas de tempo geológico quanto as de tempo evolutivo indicavam um gradualismo transicional que fatalmente implicava numa idade bilionária do planeta em contraposição à física da época que preceituava uma idade milionária.

Lord Kelvin, o mais eminente físico britânico do século XIX, negava qualquer possibilidade de uma escala de tempo maior visto que, conforme a segunda lei da termodinâmica, um planeta com bilhões de anos há muito já teria se esfriado porque o próprio Sol (cuja idade foi na época calculada por Hermann von Helmholtz em apenas 20 milhões de anos, o que Kelvin aceitou, mas depois extrapolando para 400 milhões de anos) também o teria. O resultado foi que as ideias de Smith e seu sobrinho John Phillips (que continuou o trabalho do tio e em 1841 desenhou o primeiro diagrama da escala geológica da Terra) foram consideradas inválidas. Justiça seja feita: geólogos e bioevolucionistas na época simplesmente não tinham a bagagem de física e matemática para refutar os cálculos de Kelvin. Tratou-se de uma situação clássica em matéria de discussão científica: naquele momento a tese vencedora não foi a mais correta e sim a que dominava o melhor instrumental metodológico.

Seria preciso esperar até a chegada do século XX para que a nova física de Planck e Einstein permitisse a reinterpretação do princípio da conservação da energia (e da segunda lei da termodinâmica) para finalmente a física concordar com a geologia e a biologia⁵⁴. Assim se estabeleceu o consenso da idade do planeta calculada em 4,5 bilhões de anos, após uma disputa entre **teses científicas rivais, ainda que o proponente do pensamento desafiante não fosse**

⁵² Vide *O mapa que mudou o mundo* de Simon Winchester.

⁵³ Os princípios são o da sobreposição das camadas (as camadas mais profundas são as mais antigas e as mais superficiais recentes), o uniformitarismo (as alterações geológicas acontecem em regra na mesma escala de tempo gradual) e a continuidade lateral (estabelece a correlação de idades entre lugares não contíguos em razão da ordem dos estratos).

⁵⁴ https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-11172013000100026

considerado um cientista na época⁵⁵. Portanto temos uma situação que somente em tempos atuais, na visão retrospectiva, é considerada uma discussão científica interna, porém na visão do *establishment* científico da época, era considerada uma discussão externa de uma teoria científica contra uma hipótese não científica⁵⁶.

7 O CONFRONTO CIENTÍFICO INTERNO INVALIDADO A *POSTERIORI* E SUA “CONVERSÃO” EM CONFRONTO EXTERNO – O CASO DA CONTROVÉRSIA ENTRE GEOCENTRISMO E HELIOCENTRISMO

Em 1633, Galileu Galilei foi condenado pela Igreja Católica pela sua defesa da teoria do universo heliocêntrico, que postulava o movimento de translação da Terra, em oposição ao geocentrismo, que defendia a posição de nosso planeta como fixa. A história tornou-se o paradigma da hipótese científica em confronto dialético com uma hipótese externa, no caso da religião. É até hoje lembrada como um dos mais emblemáticos episódios de confronto entre o esclarecimento do conhecimento científico com o obscurantismo do dogma religioso, tendo inclusive gerado um pedido de desculpas oficial do Papa João Paulo II em 1992. Há, todavia, um grande problema no episódio: sua descrição foi absurdamente distorcida para travestir de disputa dialética **externa** o que foi na fundamentalmente uma disputa dialética **interna** na ciência. Em primeiro lugar, é preciso enunciar corretamente os argumentos de ambos os lados: o heliocentrismo defendia uma Terra móvel e um Sol **fixo como centro do Universo** (fazendo jus ao nome da teoria), enquanto o geocentrismo estipulava uma Terra fixa como centro do Universo **e um Sol móvel**. Ora, evidentemente que se fazendo uma verificação mais ampla de ambas as teorias, é descabido dizer que uma delas esteja correta e a outra falsa. Ambas possuem elementos de verdade e de falsidade. E não só isso! Ambas possuem seu grau de validade dentro da perspectiva do observador (como seria preconizado séculos depois pela Teoria da Relatividade). As observações astronômicas que levaram às Grandes Navegações nos séculos XV e XVI foram todas feitas sob a perspectiva geocêntrica. E nem por isso as novas terras deixaram de ser encontradas. O fato é que não é nada saudável para o debate científico

⁵⁵ Após uma vida de infortúnios que incluiu até mesmo uma prisão por dívidas, Smith somente foi reconhecido como o fundador da Geologia já sexagenário.

⁵⁶ Isto está acessível na literatura especializada, mas faça-se um teste muito simples: numa sala com cem pessoas bem instruídas, basta perguntar quem está familiarizado com esses fatos. Dificilmente alguém levantará a mão (salvo se for estudante ou profissional da área). Todavia se perguntarmos quem já ouviu falar que a cronologia bíblica dificultou o advento das teorias científicas sobre a idade da Terra, certamente quase todos levantarão a mão.

se da análise de duas teses opostas, uma é elogiada apenas pelo que acerta, “esquecendo-se” daquilo onde erra, enquanto a outra tem tratamento diametralmente oposto. E o fato é que, confrontadas em sua **inteireza**, heliocentrismo e geocentrismo não podem alegar qualquer preponderância um sobre o outro.

Entretanto este não é o problema principal. A questão fulcral é outra e aqui entramos no segundo ponto: o geocentrismo era uma tese científica defendida por pessoas tão respeitáveis e qualificadas quanto Galileu. A cosmologia geocêntrica foi proposta no Ocidente pelo astrônomo Claudio Ptolomeu no século II de nossa era e continuou a ter validade pelos 1500 anos seguintes. O maior astrônomo europeu da geração anterior a Galileu, o dinamarquês Tycho Brahe, era geocentrista. Johannes Kepler, descobridor das órbitas elípticas e ex-assistente de Brahe⁵⁷, defendia o geocentrismo na primeira fase de sua carreira, somente mudando de opinião vários anos depois. O calendário gregoriano que corrigiu os erros do calendário juliano (e que continua vigente até hoje), foi elaborado por astrônomos e matemáticos geocentristas (Clavius, Danti, Giglio, etc.). Portanto, longe de ser meramente uma teoria religiosa, a teoria geocentrista era tão científica quanto sua contrapartida. E mais: no julgamento de Galileu, ele não foi confrontado simplesmente com versículos da Bíblia⁵⁸, mas também com o problema da paralaxe ao qual não conseguiu responder de maneira comprovada, pois isso implicaria em admitir que as estrelas da noite eram muito maiores e mais distantes do que o Sol (algo que sabemos hoje em dia, mas que outrora se pensava ser o inverso)⁵⁹.

No fim das contas, no melhor estilo fordiano, a versão mais atraente prevaleceu sobre os fatos. Uma disputa entre duas correntes científicas equivalentes em seus acertos e desacertos foi transmutada *a posteriori* numa luta entre ciência e religião onde a primeira era a

⁵⁷ De quem Kepler reclamava não lhe pagar direito, demonstrando que a exploração de assistentes de pesquisa não é coisa nova. Vide a biografia *A bruxa de Kepler* de James Connor.

⁵⁸ Josué, 10:12-13.

⁵⁹ O problema da paralaxe pode parecer complexo, mas na verdade é de observação simples: se a Terra está em movimento, o correto seria vermos não apenas o Sol se mover ao longo do dia, mas também as estrelas se moverem ao longo da noite. E foi justamente isto que Galileu não conseguiu esclarecer. Seu inquisidor, Roberto Belarmino, disse que estava propenso a mudar de opinião se tivesse uma demonstração inequívoca do heliocentrismo (que Galileu não foi capaz de lhe dar). Hoje em dia sabemos que não vemos as estrelas se moverem porque elas estão a uma distância bem maior que o Sol (e sua aparente pequenez na verdade esconde uma magnitude disfarçada pela distância), daí seu deslocamento no firmamento ser absolutamente imperceptível. Porém tal conhecimento não estava disponível na época de Galileu (apesar dele ter intuído a possibilidade, mas com poder prova-la). Nem mesmo a distância entre a Terra e o Sol havia sido calculada, pois somente o seria na década de 1760, via observação do ângulo da paralaxe venusiana, dando origem à unidade astronômica. Já a aferição de distância das demais estrelas teria que aguardar os cálculos de Friedrich Bessel na primeira metade do século XIX.

portadora da verdade e a segunda da falsidade. E até hoje é assim que mesmo em livros de divulgação científica se apresenta a situação⁶⁰.

Em terceiro lugar, as distinções entre cientistas e religiosos, do ponto de vista biográfico, não são tão simples assim. O astrônomo e matemático Christopher Clavius, da geração anterior a Galileu, era sacerdote jesuíta e geocentrista. Copérnico, enunciador do sistema heliocêntrico, era cônego da diocese de Cracóvia. Não deixa de ser interessante notar, contudo, que na literatura científica **simplesmente não vemos** menção ao fato de Copérnico ter sido membro da Igreja Católica⁶¹. Na verdade os feitos dos astrônomos jesuítas foram de tal monta que sua reputação transcendeu as fronteiras europeias. No século XVII, o sacerdote Verbiest – também geocentrista – estava na corte chinesa fazendo previsões de eclipses que se mostraram mais precisas que as dos sábios tradicionais, tendo sido nomeado pelo imperador Kangxi como diretor do observatório astronômico de Pequim. Portanto apresentar o conflito entre geocentristas e heliocentristas como uma disputa entre “cientistas” e “religiosos” é incorrer em grave falsificação das biografias do “quem é quem” na astronomia europeia dos séculos XVI e XVII.

O QUE CONCLUIR?

Temos aqui um problema grave: a ciência lança mão de um discurso para o público leigo onde se apresenta como portadora da verdade em meio a investidas de fora, mas incorre em grave impostura ao se fazer de desentendida no sentido de que muitas das investidas são internas ou então de que na época da controvérsia, tratou como não científicas hipóteses que **o tempo validou como corretas**. E quando esse tipo de falseamento ocorre, a impressão que se tem é que a ciência necessariamente é a grande produtora do conhecimento verdadeiro e que infelizmente é desafiada pelos demônios de plantão que podem ser a religião, o capitalismo, a tradição, ou qualquer outra coisa dependendo da ideologia de cada um. Portanto é preciso esclarecer que historicamente **o primeiro grande obstáculo a uma tese científica é outra tese científica**. O geocentrismo não era uma tese religiosa, mas sim uma hipótese científica que contava com o **apoio** da religião. A negação das escalas temporais bioevolutivas não era

⁶⁰ Vide *Quanto bobagem e Contra a realidade: a negação da ciência, suas e consequências* de Pasternak e Orsi (do Instituto Questão de Ciência).

⁶¹ Este foi o motivo pelo qual Copérnico foi obrigado a se separar de sua companheira de anos, uma empregada de sua casa com quem acabaria tendo uma relação marital.

simplesmente produto de literalistas bíblicos, mas do maior físico britânico de seu tempo. Novamente frisamos a lição de Thomas Khun sobre a evolução do pensamento em forma de paradigmas onde uma ideia desafiadora colide com uma tradicional estabelecida, a qual começa a ser contestada e corroída ao ponto de decair e deixar lugar para a nova teoria.

Voltamos à questão retórica: a Ciência se apresenta numa forma retórica em que tenta convencer seu público (e a si mesma) que é assim que se comporta sem incorrer em expedientes erísticos. Ocorre que isso pode ou não corresponder à verdade dos fatos. A distinção entre o retor e o retórico é clara: o primeiro trabalha a arte do convencimento, mesmo que por vezes às custas da verdade (supostamente o comportamento dos sofistas tão criticados por Sócrates). O retórico por sua vez faz a análise deste discurso dentro das corretas regras de debate. Sob tal prisma é preciso tomar muito cuidado para não se deixar ludibriar por um grave viés de impostura intelectual científica: o de retratar disputas dialéticas internas como se fossem externas com uma finalidade de estigmatizar um argumento adversário como “não científico” ou como “falsa ciência”. Ao longo dos séculos, quem foi colocado para representar o papel de “anticiência” foi a religião.

O outro problema ligado à impostura da qual se falou é que ela permite à ciência se apresentar como livre de máculas. O que é feito de errado jamais seria ciência. Se negamos as situações de confronto de hipóteses dentro do pensamento científico, negamos a possibilidade de ideias erradas dentro dele (porque o confronto muitas vezes implica em escolher uma ideia como correta e abandonar outra como equivocada). A conclusão lógica é uma só: o erro não poderia vir da ciência. Ela sempre acerta. O erro somente vem de fora. A ciência adota um discurso onde jamais pode ser responsabilizada por qualquer equívoco, por mais trágico que seja⁶².

O fato de algo se demonstrar errado com o tempo não implica o afastamento da incidência científica sobre aquele fato. Tomemos um exemplo do Direito: suponha que acusação e defesa se digladiem durante horas num debate sobre a culpa ou inocência de um réu. Por acaso a absolvição do júri (e sua conclusão de inocência) invalida o discurso do promotor como antijurídico? Se for assim, o inverso também poderia ser? A condenação pelo júri

⁶² Isso joga por terra o truque linguístico de chamar de “falsa ciência” as teorias raciais do século XIX. Elas jamais foram “falsa ciência”. Elas foram genuína ciência do passado que depois foi negada pela posteridade tal qual a idosa carola renega seu passado de juventude escandalosa. É inadmissível que alguém se apresente ao debate sobre verdade e falsidade em ciência desconhecendo a literatura sobre as incoerências científicas. Aconselha-se aqui (embora com algumas ressalvas) a leitura de *A impostura científica em 10 lições* (Pracontal), *Adeus à Razão* (Feyerabend) e *Imposturas Intelectuais* (Sokal e Brimont). As duas primeiras tratam das ciências naturais e a última das humanas.

funcionaria como referendo da não juridicidade do discurso da defesa? Evidente que este raciocínio seria absurdo. Tanto promotor quanto advogado diante de um júri estão no exercício de uma atividade jurídica, manejando instrumentos da técnica jurídica, num ambiente decisório que é jurídico. Eventual aceitação ou negação da tese de um ou de outro em nada muda isto.

E como podemos em cima disto analisar a situação atual? A humanidade viveu a segunda mais terrível epidemia dos últimos 100 anos, superada apenas pela gripe espanhola ocorrida entre 1918 e 1920. E a todo momento estamos ouvindo que devemos escutar a ciência e deixar de lado a falsa ciência. Mas então vem a pergunta: quem exatamente define o que é ciência? Quais argumentos utilizamos para discernir o discurso científico do não científico?

Se o argumento for pela origem do discurso (a ciência é feita por cientistas ou integrantes da estrutura de produção científica), estamos de imediato numa encrenca. O tratamento precoce, por exemplo, encontrou tanto atacantes quanto defensores entre pessoas com currículos científicos que se aproximam de 20 páginas⁶³. A possibilidade de uma vacina eficaz foi entusiasticamente defendida por importantes autoridades da indústria farmacêutica, mas outras aconselharam cautela⁶⁴. Já se o critério for a correta predição de mortalidade, lamento informar, mas ambos os lados erraram grosseiramente. A pandemia não foi nem uma “gripezinha” e nem o holocausto inicialmente previsto no Brasil⁶⁵. O *lockdown* teve também seus defensores⁶⁶ quanto críticos⁶⁷. E no mais, como já explicado nos exemplos dados, **a determinação de certo ou errado não pode ser utilizada como critério para aferir o que é ou não ciência**, sob pena de somente se admitir como científico aquilo que funcionar (e a história da ciência e da tecnologia é marcada por erros e tentativas frustradas⁶⁸).

A princípio o confronto de hipóteses não seria o problema. Ocorre que na disputa por posições oriundas da comunidade científica, médica e farmacêutica, ou seja, disputas num **discurso dialético interno**, um dos lados resolveu por conta própria negar a cientificidade do

⁶³ Vide na plataforma lattes os currículos de Natalia Pasternak e Nise Yamaguchi, embora o da segunda seja muito mais denso que o da primeira.

⁶⁴ <https://www.frontliner.com.br/prometer-vacina-em-2020-e-grave-desservico-ao-publico-avalia-presidente-da-merck/>

⁶⁵ O episódio ocorreu quando o biólogo Átila Iamarino, usando os estudos grosseiramente sobrestimados do Imperial College, estimou para **no mínimo** um milhão de mortos por Covid no Brasil até agosto de 2020 caso não fossem adotadas medidas de lockdown imediatas, tendo deixado claro que medidas de meio-termo (as que o Brasil adotou) não seriam suficientes para prevenir o apocalíptico cenário descrito (vide <https://www.youtube.com/watch?v=1iM0IkyQXvQ>).

⁶⁶ <https://unherd.com/newsroom/imperials-prof-neil-ferguson-responds-to-the-swedish-critique/>

⁶⁷ Vide *Did lockdowns work?* de Herby, Jonung e Hanke.

⁶⁸ E que não foram menos importantes. Nessas horas lembramos da expressão de Oswald de Andrade sobre “a contribuição milionária dos erros”. A indústria farmacêutica é pródiga em medicamentos que foram inventados derivados de pesquisa para fins diversos do original.

outro e passou a colocar a discussão como sendo entre “ciência” e “não ciência” (ou mesmo “falsa ciência”), travestindo a situação em **discurso dialético externo**. E novamente quando se pergunta qual o critério usado para discernir a posição científica da não científica, simplesmente não vemos argumentos convincentes e coerentes. O fato é que os dois lados da contenda possuem defensores tão qualificados quanto geocentrismo e heliocentrismo tinham na astronomia do século XVII. Então qual foi o diferencial naquela época? Voltamos aqui ao postulado colocado alguns parágrafos atrás: historicamente, o principal inimigo de uma tese científica é **outra tese científica**.

Esse discurso da “pseudociência” infelizmente se prestou a impedir que consumidores exercessem os seus mais elementares direitos informacionais. O questionamento sobre efeitos colaterais de vacinas (notadamente em grupos de risco) foi tratado como heresia passível de anátema. Uma plêiade de informativos oficiais praticamente dizia para que se ignorasse o assunto⁶⁹. Já a verificação das condições contratuais colocadas em sigilo foi algo que passou em branco sem suscitar qualquer questionamento notório dos órgãos de defesa do consumidor⁷⁰.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA EUROPEIA DE MEDICAMENTOS (EMA). **Vacina COVID-19 da AstraZeneca: EMA encontra possível ligação com casos muito raros de coágulos sanguíneos incomuns com plaquetas sanguíneas baixas**. Disponível em: <https://www.ema.europa.eu/pt/news/astrazeneca-covid-19-vaccine-ema-finds-possible-link-very-rare-cases-unusual-blood-clots-low-blood-platelets>. Acesso em: 10 out. 2024.

ALFONSO, V. F. et al. **How to do a systematic review in health: a practical guide for beginners**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3883263. Acesso em: 08 out. 2024.

BARROS, J. P. L. **Dever de informação nos contratos de adesão concluídos por meios eletrônicos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. E-book (edição Kindle).

BBC NEWS BRASIL. **Covid: por que AstraZeneca decidiu 'aposentar' sua vacina**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-65506088>. Acesso em: 06 out. 2024.

BESSA, LEONARDO ROSCOE. **Código de defesa do consumidor comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (edição Kindle).

⁶⁹ Vide novamente o informe Entenda o efeito colateral raro da vacina da AstraZeneca contra covid-19 — Ministério da Saúde (www.gov.br)

⁷⁰ Ao menos que tenha chegado ao conhecimento deste escriba.

_____. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República**, 11 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 07 out. 2024.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. **Dispõe sobre a proteção da propriedade industrial**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 11 out. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Painel Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 12 out. 2024.

_____. Portal de notícias do governo federal. Disponível em www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial nº 1113804/RS. Responsabilidade civil. Tabagismo. Ação reparatória ajuizada por familiares de fumante falecido [...]. Recorrente: Souza Cruz S/A. Recorrido: Sônia Maria Hoffmann Mattiazzi e Outros. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, 27 de abril de 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=10509342&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false>.

CARVALHO, OLAVO de. **Aristóteles em nova perspectiva**. Campinas: Vide Editorial, 2016.

CNN BRASIL. **Fiocruz quer construir local para guardar documentos sigilosos sobre vacina**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/fiocruz-quer-construir-local-para-guardar-documentos-sigilosos-sobre-vacina/>. Acesso em: 10 out. 2024.

CONSULTA REMÉDIOS (CR). **Tylenol comprimido: bula, para que serve e como usar**. Disponível em: <https://consultaremedios.com.br/tylenol/bula>. Acesso em: 10 out. 2024.

CROMER, Alan. **Senso incomum: a natureza herética da ciência**. Trad. Alan Neil. Ditchfield. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, 1997.

DORIA, João. **Entenda a eficácia da vacina do Butantan de 50,4% (casos muito leves) a 100% para casos moderados e graves de COVID-19**. X(Tweeter), 14 de jan. 2021, 7:34 AM. Disponível em: <https://x.com/jdoriajr/status/1349681324131450884>.

FRONTLINER. **Prometer vacina em 2020 é grave desserviço ao público, avalia presidente da Merck**. Disponível em: <https://www.frontliner.com.br/prometer-vacina-em-2020-e-grave-desservico-ao-publico-avalia-presidente-da-merck/>. Acesso em: 07 out. 2024.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOcruz). **Contrato de encomenda tecnológica entre a Fiocruz e a AstraZeneca**. Disponível em: <https://www.fiocruz.br/>. Acesso em: 12 out. 2024.

GAZETA DO POVO. **Documentos inéditos sobre a vacina da Pfizer revelam seus riscos**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/saude/documentos-ineditos-vacina-pfizer-riscos>. Acesso em: 11 out. 2024.

GZH. **Quinta dose: como fica o esquema de vacinação para quem tem menos de 70 anos.** Disponível em: <https://www.clicrbs.com.br/gzh/quinta-dose-como-fica-o-esquema-de-vacinacao-para-quem-tem-menos-de-70-anos-20231015103531>. Acesso em: 13 out. 2024.

HARVARD HEALTH PUBLISHING. Medical Dictionary of Health Terms: D-I. Disponível em: <https://www.health.harvard.edu/a-through-c>. Acesso em: 15 out. 2024.

HERBY, Jonas; Jonung, Lars; Hanke, Steve. **Did Lockdowns work? – The verdict on Covid restrictions.** Londres: IEA Perspectives 1, 2023. E-book disponível em https://iea.org.uk/wp-content/uploads/2023/06/Perspectives-_1_Did-lockdowns-work__June_web.pdf.

IAMARINO, Átila. Estimativa de mortes por Covid no Brasil - Átila Iamarino. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1iM0IkYQXvQ>. Acesso em: 14 out. 2024.

INSTITUTO BUTANTAN. **Entenda por que não é tão fácil avaliar a imunidade de uma pessoa contra a Covid.** Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/entenda-por-que-nao-e-tao-facil-avaliar-a-imunidade-de-uma-pessoa-contra-a-covid>. Acesso em: 14 out. 2024.

_____. **Uma dose de Coronavac reativa resposta imune de quem teve Covid há mais de um ano, mostra estudo.** Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/uma-dose-de-coronavac-reativa-resposta-imune-de-quem-teve-covid-ha-mais-de-um-ano-mostra-estudo>. Acesso em: 13 out. 2024.

_____. **Vacina do Butantan atinge 100% de eficácia para casos moderados e graves.** Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/vacina-do-butantan-atinge-100-de-eficacia-para-casos-moderados-e-graves>. Acesso em: 11 out. 2024.

INSTITUTO FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Quando tivermos vacina, não teremos mais pandemia?** Disponível em: <https://www.ifsc.edu.br/portal/noticias/4697-quando-tivermos-vacina-nao-teremos-mais-pandemia>. Acesso em: 12 out. 2024.

KHÜN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

MARTINS, Humberto. **O dever de informar e o direito à informação: parte 1.** Conjur, 19 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-19/dever-informar-direito-informacao-parte/>. Acesso em: 10 out. 2024.

_____. **O dever de informar e o direito à informação: parte 2.** Conjur, 19 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-26/direito-comparado-dever-informar-direito-informacao/>. Acesso em: 10 out. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Entenda o efeito colateral raro da vacina da AstraZeneca contra covid-19.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/entenda-o-efeito-colateral-raro-da-vacina-da-astrazeneca-contra-covid-19>. Acesso em: 11 out. 2024.

NEWS.COM.AU. **A Pfizer não sabia se a vacina Covid interrompeu a transmissão antes do lançamento.** Disponível em: <https://www.news.com.au/world/coronavirus/pfizer-didnt-know-if-covid-vaccine-stopped-transmission-before-rollout/news-story/60e7c2d6c51d3bcbbba10b58e298fd53f>. Acesso em: 10 out. 2024

O ANTAGONISTA. **Saúde impõe sigilo de 10 anos sobre 2º contrato com a Pfizer.** Disponível em: <https://www.oantonista.com/brasil/saude-impoe-sigilo-de-10-anos-sobre-2o-contrato-com-a-pfizer/>. Acesso em: 10 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Linha do tempo da resposta da OMS à COVID-19.** Disponível em: <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline>. Acesso em: 04 out. 2024.

PANDEMIA DE COVID-19. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2024. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Panemia_de_COVID-19&oldid=68707704. Acesso em: 04 out. 2024.

PASTERNAK, Natalia; Orsi Carlos. **Contra a realidade: A negação da ciência, suas causas e consequência.** Campinas: Papirus 7 Mares, 2021. E-book (edição Kindle).

_____. **Que bobagem: pseudociências e outros absurdos que não merecem ser levados a sério.** São Paulo: Contexto, 2023. E-book (edição Kindle).

PODER 360. **Governo quebra cláusula de confidencialidade e divulga contrato com a Pfizer.** Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/quebra-clausula-de-confidencialidade-e-divulga-contrato-com-a-pfizer/>. Acesso em: 10 out. 2024.

REUTERS. **Wait what? FDA wants 55 years to process FOIA request over vaccine data.** Disponível em: <https://www.reuters.com/legal/wait-what-fda-wants-55-years-process-foia-request-over-vaccine-data-2024-04-05/>. Acesso em: 10 out. 2024.

REUTERS. Importância primordial: **‘Paramount importance’: Judge orders FDA to hasten release of Pfizer vaccine docs.** Disponível em: <https://www.reuters.com/legal/paramount-importance-judge-orders-fda-hasten-release-pfizer-vaccine-docs-2024-04-05/>. Acesso em: 11 out. 2024.

SÃO MANUEL (Município). **Quanto tempo demora para adquirir imunidade após tomar a vacina contra o COVID-19?** Disponível em: <https://www.saomanuel.sp.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2024.

SCHMITT, Paula. **A Fiocruz e o sigilo de 15 anos.** Revista Poder 05 de jan. de 2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opiniao/a-fiocruz-e-o-sigilo-de-15-anos/>. Acesso em 09 de outubro de 2024.

SILVA, Daniel F. da; VIEIRA, Victor F. P. **Uma análise sobre o conceito de comunicação organizacional: o que pode ser aprendido com a pesquisa em comunicação?** Revista Brasileira de Política Internacional, v. 56, n. 1, p. 26-43, 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-11172013000100026. Acesso em: 14 out. 2024.

SOUZA, Marco Aurélio. **A informação como direito fundamental do consumidor.** Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/a-informacao-como-direito-fundamental-do-consumidor/>. Acesso em: 14 out. 2024.

SYRACUSE.COM. **NY court workers fired over vaccine mandate must be rehired with back pay: Board.** Disponível em: <https://www.syracuse.com/coronavirus/2024/03/ny-court-workers-fired-over-vaccine-mandate-must-be-rehired-with-back-pay-board.html>. Acesso em: 11 out. 2024.

THE TELEGRAPH. **AstraZeneca admits its Covid vaccine can cause rare side effect in court documents for first time.** Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2024/03/20/astrazeneca-admits-covid-vaccine-may-cause-rare-side-effects/>. Acesso em: 10 out. 2024.

UNITED STATES. **President. Special message to the Congress on protecting the consumer interest.** Disponível em: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest>. Acesso em: 04 out. 2024.

VEIGA, André. **Veja o que decidiu o STJ sobre o dever de informação ao consumidor.** Conjur, 11 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/veja-stj-julgado-dever-informacao-consumidor/>. Acesso em: 13 out. 2024.

VEYNE, Paul. **Os gregos acreditavam em seus mitos?** Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Unesp, 2014.

DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIREITO À DESINDEXAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE RIGHT TO DE-INDEXATION: AN ANALYSIS OF THE REFORM PROPOSALS FOR THE 2002 CIVIL CODE

César Fiuza¹

Victoria Grangeiro Kafuri²

RESUMO

Este trabalho examina o direito ao esquecimento e o direito à desindexação, explorando suas definições e as distinções entre ambos. A metodologia adotada é a análise bibliográfica e normativa, com foco nas discussões teóricas e nas propostas de regulamentação legislativa. São discutidos os desafios específicos relacionados a cada um desses direitos, como o conflito entre privacidade e liberdade de expressão no direito ao esquecimento, e as dificuldades técnicas da desvinculação de termos no direito à desindexação. O artigo também aborda a necessidade de positivação expressa desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro, considerando o cenário atual de avanço tecnológico e excesso informacional. As propostas de reforma do Código Civil de 2002, formuladas pela Subcomissão de Direito Digital, são analisadas à luz dessas questões. Conclui-se que a regulamentação adequada desses direitos é essencial para equilibrar a proteção da privacidade e a liberdade de expressão no ambiente digital.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Direito à desindexação; Direito à privacidade; Liberdade de expressão; Excessos informacionais; Reforma do Código Civil de 2002.

ABSTRACT

This paper examines the right to be forgotten and the right to de-indexation, exploring their definitions and distinctions. The methodology adopted is a bibliographical and normative analysis, focusing on theoretical discussions and legislative regulation proposals. The specific challenges related to each of these rights are discussed, such as the conflict between privacy and freedom of expression in the right to be forgotten, and the technical difficulties of unlinking terms in the right to de-indexation. The article also addresses the need for explicit regulation of these rights within the Brazilian legal framework, considering the current scenario of technological advancement and informational excess. The reform proposals for the 2002 Civil Code, formulated by the Digital Law

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), advogado e professor de Direito Civil na UFMG, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. E-mail: cesarfiuza@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. E-mail: vickafuri@gmail.com.

Subcommittee, are analyzed considering these issues. It concludes that proper regulation of these rights is essential to balance the protection of privacy and freedom of expression in the digital environment.

Keywords: Right to be forgotten. Right to de-indexation. Right to privacy. Freedom of expression. Informational excesses. Reform of the 2002 Civil Code.

INTRODUÇÃO

O fato de o mundo estar em constante mudança é amplamente reconhecido. No passado, especialmente no período da Roma Antiga, o esquecimento estava associado à ideia de sanção ou punição, em particular pelo instituto da *damnatio memoriae* (*condemnation of memory*), por meio do qual o Senado ou um Imperador poderiam apagar o nome de um indivíduo das listas oficiais e reutilizar suas estátuas como forma de puni-lo por seus crimes¹. Entretanto, enquanto na Roma Antiga o esquecimento era visto de maneira negativa, hoje ele é desejado. Na era dos excessos e abusos informacionais — especialmente no ambiente digital — muitos buscam o esquecimento.

Diante desse cenário de transformação social, a ciência do Direito teve que, naturalmente, adaptar-se às mudanças, ou ao menos tentar, uma vez que o Direito foi concebido como uma ferramenta de regulação dos fenômenos sociais. Isso ocorre porque o Direito é uma criação humana, portanto, ele se direciona de acordo com os interesses da sociedade. Como bem expôs Paulo Nader ao discutir a transformação do Direito para se adequar aos fenômenos sociais:

As instituições jurídicas são inventos humanos, que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. [...] Se o direito se envelhecer, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para qual foi criado. [...] Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e harmonia social.²

Portanto, diante da adaptação do Direito às mudanças sociais ao longo dos séculos, surgiu a figura do direito ao esquecimento. Embora seja uma construção datada do século XIX, esse direito ganhou novos contornos com a inserção irreversível da *internet* no cotidiano das pessoas, já que as informações que circulam nas redes tendem a permanecer ali indefinidamente³. Apesar de as discussões sobre o direito ao esquecimento terem se intensificado recentemente no Brasil, especialmente na última década, esse direito, mesmo de maneira mais sutil e menos explícita, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro há algum tempo. Por exemplo, a Lei n.

7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP) já reconhecia o conceito de esquecimento através do instituto da reabilitação penal⁴. Além disso, o art. 43, §1º do Código de Defesa do Consumidor prevê que os cadastros de consumidores não podem conter informações negativas referentes a um período superior a cinco anos⁵.

Por outro lado, o direito à desindexação é uma discussão mais recente, especialmente porque está intrinsecamente ligado à *internet*. Esse direito surgiu no cenário europeu apenas em 2014 (e foi posteriormente trazido ao Brasil), a partir da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso de Mário Costeja González contra o Google Espanha. Nessa decisão, o Tribunal europeu determinou que o Google retirasse da lista de resultados de pesquisa o *link* de uma matéria do jornal *La Vanguardia* sobre o empresário espanhol⁶.

Atualmente, tanto o direito ao esquecimento quanto o direito à desindexação estão presentes no cenário jurídico brasileiro, e a crescente demanda da população por sua implementação prática gerou a necessidade de regulamentação expressa desses direitos digitais. Embora as discussões ainda sejam iniciais, isso não diminui sua relevância. Este trabalho tem como objetivo analisar os conceitos de ambos os direitos e avaliá-los à luz das propostas de Reforma do Código Civil de 2002.

No primeiro capítulo (capítulo 2), será abordado o direito ao esquecimento, explorando suas temáticas centrais para uma compreensão aprofundada das sugestões de Reforma do Código Civil de 2002. Entre os pontos analisados estão sua conceituação, os desafios para sua positivação e a necessidade de equilíbrio e ponderação nas decisões judiciais que envolvem esse direito.

No segundo capítulo (capítulo 3), será discutido o direito à desindexação, seguindo uma estrutura semelhante ao capítulo anterior. Serão abordados seus contornos essenciais, as principais diferenças em relação ao direito ao esquecimento e a complexidade de sua aplicação prática.

Após essas considerações iniciais, o capítulo seguinte (capítulo 4) será dedicado à análise das sugestões de artigos sobre o direito à desindexação e ao esquecimento, propostas pela Comissão responsável pela Reforma do Código Civil de 2002.

1 DIREITO AO ESQUECIMENTO

1.1 CONCEITUAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

As definições que envolvem o direito ao esquecimento, embora diversas, apresentam grande semelhança. De modo geral, esse direito deriva da possibilidade de remover fatos passados que, apesar de serem verídicos, não possuem mais relevância para o interesse público e, ao permanecerem acessíveis, podem causar sofrimento ou transtorno ao indivíduo exposto pela publicação. É importante ressaltar que as chamadas *fake news* não são objeto do direito ao esquecimento, pois, se fossem, a deliberação sobre esse direito seria mais simples. A questão central reside no fato de que estamos lidando com a remoção de informações verdadeiras.

Nesse contexto, como bem aponta Luciano Floridi, “o direito ao esquecimento é precisamente um caso em que a privacidade e o direito à liberdade de expressão puxam o debate em direções opostas”⁷. Evidentemente, por tratar-se da exclusão de fatos verídicos em favor da privacidade individual, o direito ao esquecimento resulta em um conflito direto entre dois direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro: o direito à privacidade (e outros direitos de personalidade correlatos) e o direito à liberdade de expressão, especialmente em sua dimensão coletiva.

Por essas razões, o direito ao esquecimento não pode ser acionado indiscriminadamente⁸. É necessário ponderar se o fato preenche os requisitos fundamentais: ser um fato pretérito, danoso ao indivíduo e irrelevante ao interesse público. Essa análise, por mais que pareça simples à primeira vista, é no mínimo subjetiva e escorregadia.

De todo modo, o conflito entre os direitos mencionados não deve ser motivo para excluir o direito ao esquecimento do rol de direitos positivados no Código Civil, uma vez que os conflitos entre privacidade e liberdade de expressão precedem até mesmo o surgimento desse direito. Nesse sentido, Luciano Floridi afirmou: “a verdade é que, como todos os outros princípios éticos, haverá vezes em que a privacidade e a liberdade de expressão precisarão ser priorizadas ou conciliadas de maneiras diferentes”⁹.

1.2 O FAMOSO “CASO LEBACH” E A PROBLEMATIZAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O primeiro caso histórico em que houve a menção ao direito ao esquecimento remonta à 1969, quando o Tribunal Constitucional da Alemanha julgou o conhecido "caso Lebach"¹⁰. Naquela ocasião, quatro soldados alemães foram assassinados na cidade de Lebach, resultando na condenação de três pessoas: duas à prisão perpétua e a terceira a seis anos de reclusão. Após cumprir integralmente sua pena, este último foi libertado, mas se deparou com a notícia de que uma emissora de televisão alemã pretendia exibir um programa especial sobre o crime.

Diante dessa situação, o ex-detento ingressou com uma ação inibitória, e, ao final, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que a proteção constitucional da personalidade não permite que a imprensa explore indefinidamente a pessoa criminosa e sua história¹¹.

A relevância do "caso Lebach" para a análise do direito ao esquecimento reside no fato de que este caso é frequentemente considerado um marco inicial das discussões mais aprofundadas sobre a problemática jurídica relacionada ao conflito entre a liberdade de expressão e de informação, de um lado, e, de outro, os direitos de personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade e a privacidade. O debate se torna particularmente delicado, dada a igualdade de peso entre esses direitos fundamentais. Como bem destacaram os juristas José Eduardo Junqueira Ferraz e Mario Viola¹²:

O 'caso Lebach' colocava em rota frontal de colisão o direito à informação e a liberdade de expressão, de um lado, e o direito à intimidade, de outro, e o Tribunal Constitucional Alemão acabou por consagrar o entendimento de que a proteção constitucional da personalidade e seus corolários imediatos, vedaria os meios de comunicação de se dedicarem à exploração infinita, ao seu livre alvedrio, de aspectos atinentes à vida privada de terceiros.

Essa colisão frontal entre informação e privacidade, como bem definiram os autores mencionados, torna-se cada vez mais dramática, especialmente no contexto atual de pulverização informacional, impulsionada pelo advento da *internet* e dos *smartphones*. Se em 1969 a situação era facilmente mais controlável — já que a informação pública e permanente era veiculada por meio de televisões, jornais e rádios —, hoje, qualquer pessoa pode publicar algo sobre outra com apenas alguns cliques, e esse conteúdo pode permanecer registrado indefinidamente.

1.3 A NECESSÁRIA POSITIVAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO EM UMA SOCIEDADE DE EXCESSOS INFORMACIONAIS

A situação de excesso informacional cria uma clara dependência da sociedade em relação ao controle da informação, similar ao vício em drogas: quanto mais se consome, mais se deseja. Esses excessos deram origem ao que hoje é conhecido como “sociedade da informação”, que, conforme elucidado por William J. Martin,¹³ pode ser definida como:

Uma sociedade na qual a qualidade de vida, bem como as perspectivas de transformação social e de desenvolvimento econômico, depende crescentemente da informação e de sua exploração.

Atualmente, como demonstrado pela definição anterior, as perspectivas de qualidade de vida e de transformação social dependem fortemente da exploração informacional. A sociedade se encanta com os avanços tecnológicos e a facilidade de acesso à informação, mas frequentemente esquece que o preço a ser pago por isso pode ser elevado. Este fácil acesso informacional é capaz de gerar um desequilíbrio na sociedade, seja pela produção desenfreada de novas informações, seja pelo acesso facilitado que se tem a elas.

É nesse contexto que o direito ao esquecimento, antes tímido e pouco explorado, ganha destaque nos debates jurídicos. Inicialmente discutido nos ordenamentos jurídicos europeus e no americano, ele agora emerge também no ordenamento jurídico brasileiro. Embora os debates sejam diversos, a preocupação central é comum: como alcançar o equilíbrio. Isso porque, como afirmado anteriormente, o direito ao esquecimento, validado como um desdobramento dos direitos de personalidade, coloca em polos opostos a necessidade informacional da sociedade e a privacidade dos indivíduos. É importante ressaltar que tanto a liberdade de expressão e informação quanto os direitos de personalidade são direitos fundamentais, todos garantidos pela Constituição de 1988¹⁴.

Nesse cenário, surge o que os autores José Eduardo Junqueira Ferraz e Mario Viola denominaram de binômio composto pela amplitude da divulgação informacional e a acessibilidade permanente de seu conteúdo¹⁵. Esse conceito, bem desenvolvido pelos autores, evidencia que a localização de dados gerados é possível a qualquer tempo e em qualquer lugar, independentemente do período histórico ou das personalidades envolvidas. É justamente nesse imbróglio da memória permanente que se insere o direito ao esquecimento.

Considerando os fatos mencionados, é evidente que a positivação expressa do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro não é apenas necessária, mas essencial. Atualmente, essa questão está em debate nas propostas de reforma do Código Civil de 2002, tema que será discutido mais detalhadamente ao longo deste trabalho.

Conclui-se, portanto, que o direito ao esquecimento é um instrumento capaz de oferecer proteção efetiva aos direitos de personalidade em um cenário em que a acessibilidade permanente a dados postados na *internet* representa um risco à proteção das individualidades. Na "sociedade da informação", os limites outrora preciosos impostos em nome da privacidade muitas vezes são negligenciados em favor da informação, resultando na marginalização das individualidades.

1.4 EQUILÍBRIO E PONDERAÇÃO: FUNDAMENTOS BASILARES PARA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Exposta a necessidade de positivação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, importante agora destacar um fator essencial que deve ser levado em consideração pelos juristas e legisladores ao deliberarem sobre a temática, qual seja, a necessidade de se haver equilíbrio. Como mencionado anteriormente, a questão central relacionada à positivação do direito ao esquecimento reside no fato de que, do outro lado da balança, encontram-se os direitos fundamentais à informação e à liberdade de expressão, que possuem o mesmo peso.

Portanto, não é narrativa recente nas cortes superiores brasileiras que o contraste entre direitos frequentemente envolve direitos fundamentais. Dado que o conflito entre os direitos citados não difere de outros embates similares, é imprescindível que se adote o sopesamento ou ponderação caso a caso. Isso porque, se fosse criada uma regra geral, por exemplo, favorecendo sempre os direitos de personalidade em detrimento das liberdades de expressão e informação (ou vice-versa), isso certamente resultaria em abusos ou decisões equivocadas. Nesse sentido, é importante enfatizar que, conforme já elucidado, o direito ao esquecimento, apesar de ser essencial, não pode ser acionado indiscriminadamente. Como bem observou o jurista Anderson Schreiber:¹⁶

O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. E não raro o exercício do direito ao esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento.

Consequentemente, no contexto da necessidade de aplicação do sopesamento para alcançar o equilíbrio entre os direitos fundamentais, destaca-se que não há ninguém mais adequado do que os próprios seres humanos para realizar esse juízo de valor. E, por seres humanos, entende-

se que a função deve ser delegada aos magistrados, que são, em outros termos, os "guardiões do direito". Nesse sentido, Luciano Floridi ressaltou que “não existe regra fixada ou mero algoritmo capaz de resolver o conflito, apenas a inteligência humana pode alcançar o equilíbrio.”¹⁷

Por essa razão, a Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)¹⁸ já indicava que a responsabilização por danos decorrentes de conteúdos gerados na internet só poderia ocorrer após a emissão de uma ordem judicial específica, demonstrando, assim, a necessidade de intervenção humana para viabilizar a punição por excessos informacionais. Sendo assim, o art. 19, caput, do Marco Civil da Internet foi redigido da seguinte forma:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Além disso, como será analisado mais adiante na avaliação dos dispositivos sugeridos pela Subcomissão de Direito Digital para a reforma do Código Civil, essa Subcomissão recomendou expressamente que a mesma ressalva fosse incluída no artigo referente ao direito ao esquecimento, determinando que seu exercício depende de autorização judicial expressa. Por outro lado, embora essa previsão ainda não esteja formalmente incluída no Código Civil, os Tribunais Superiores já vêm enfrentando, há algum tempo, decisões relacionadas ao direito ao esquecimento, especialmente em resposta à crescente demanda pela proteção dos direitos de personalidade no âmbito digital.

Neste ponto, o foco será no julgamento do "Caso Aída Curi" pelo STF, não com a intenção de desconsiderar o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), mas apenas porque o objetivo não é esgotar os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, dado que o enfoque central deste trabalho não é a análise detalhada dos julgados dos Tribunais Superiores¹⁹.

1.5 “CASO AÍDA CURÍ” E O ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Um caso emblemático que merece destaque é o chamado "Caso Aída Curi" (Recurso Extraordinário n. 1010606). Na ocasião, os irmãos da vítima ingressaram com uma ação judicial pleiteando danos morais contra a empresa Globo Comunicações e Participações S/A, após a exposição do crime no programa de televisão Linha Direta.

No julgamento, ocorrido em maio de 2021, o STF fixou o Tema 786, segundo o qual seria incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento. O STF definiu esse direito como o poder de impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos obtidos e publicados lícitamente nos meios de comunicação. Apesar de prevalecer o pensamento pró-liberdade de expressão (que, inclusive, permanece como visão majoritária no STF até hoje), um ponto interessante sobre o Tema é a determinação de que excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão devem ser analisados caso a caso. Isso, de certa forma, abriu precedentes para que, em determinados casos, se pudesse ponderar pela aplicação do direito ao esquecimento, conforme se verá a seguir:²⁰

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Apesar de ser, em grande parte, prejudicial à efetivação do direito ao esquecimento, é importante destacar que o STF, embora tenha adotado uma postura pró-liberdade de expressão, recusou-se a atribuir a essa liberdade um caráter de preponderância definitiva em relação aos direitos de personalidade. Além disso, a análise caso a caso, sugerida pelo Tribunal, parece ser, como exposto anteriormente, a melhor solução para conflitos delicados como este. Isso ocorre porque a aplicação do direito ao esquecimento implica, automaticamente, a não aplicação do direito à liberdade de informação em um determinado caso, e seria prejudicial que tal decisão fosse tomada de forma automática, sem a devida ponderação dos fatos envolvidos. Diante disso, é fundamental que se faça o sopesamento se a notícia fere os direitos de personalidade do indivíduo e se não faz mais sentido ao interesse público que ela permaneça veiculada.

A grande dificuldade que envolve o direito ao esquecimento — e que foi experienciada pelos juristas convidados para compor a Comissão de atualização do Código Civil de 2002 — é

justamente a necessidade de se definir quando uma informação diz respeito apenas ao indivíduo e à sua privacidade e quando ela é relevante para o interesse público a ponto de justificar sua manutenção em motores de busca e outros meios de publicação²¹. Mesmo com a implementação dos artigos que consagram o direito ao esquecimento no Código Civil, essa dificuldade em estabelecer limites para sua aplicação continuará a ser enfrentada pelos Tribunais brasileiros.

De todo modo, ficou claro neste capítulo que o direito ao esquecimento é essencial para a preservação dos direitos de personalidade, mesmo que as avaliações necessárias para sua aplicação sejam numerosas. Por essa razão, a positivação expressa desse direito é de suma importância para a sociedade. Ainda que, à primeira vista, isso possa não parecer evidente para todos, será inquestionável quando as pessoas se tornarem vítimas da exploração informacional.

2 DIREITO À DESINDEXAÇÃO

2.1 DIFERENCIAÇÃO DO DIREITO À DESINDEXAÇÃO EM RELAÇÃO AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O “Caso Aída Curi” não teve como quesito relevante unicamente o fato de ter sido momento marcante do início de um debate mais aprofundado sobre a temática do direito ao esquecimento no Brasil. Durante o julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.010.606, o Ministro Relator, Dias Toffoli, em seu voto, destacou que o direito à desindexação constitui um direito autônomo em relação ao direito ao esquecimento.²²

A importância dessa distinção se deve, em grande medida, ao fato de que, conforme brilhante levantamento de dados realizado pelo Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades da UFMG, utilizando como metodologia a análise jurisprudencial dos tribunais superiores brasileiros (tanto do STF quanto do STJ), em muitos dos julgados examinados, o direito ao esquecimento e o direito à desindexação foram tratados como sinônimos ou como medidas necessariamente interligadas, o que não é correto²³. Conforme evidenciado pelo estudo realizado pelo Núcleo:

Têm-se como alguns equívocos comuns: (i) direito ao esquecimento e à desindexação tratados como sinônimos (ou como necessariamente atrelados); (ii) pedidos de direito ao esquecimento providos ou improvidos com base em fundamentação referente à desindexação – e vice-versa; e (iii) pleitos de desindexação negados por serem movidos

contra provedores de busca, e não contra os domínios que hospedam o conteúdo de origem, em clara confusão entre desindexação e remoção do conteúdo em si.

O equívoco de tratar ambos os direitos como necessariamente atrelados ou sinônimos remonta à ideia de que suas conceituações são diferentes, assim como suas pretensões de aplicação. É inegável que, especialmente no direito europeu (que já aplica o direito à desindexação há mais tempo), muitas vezes o direito à desindexação é utilizado como um mecanismo de proteção para a realização do direito ao esquecimento no contexto digital, como ocorreu no caso de *Mário Costeja González versus Google Espanha*.

O caso teve início quando, ao buscar o nome de Costeja González na plataforma do *Google*, o resultado levava a uma matéria do site espanhol *La Vanguardia*, de 1998, que relatava a venda de um imóvel em hasta pública para o pagamento de uma dívida. Insatisfeito com o fato de que essa notícia desatualizada surgia sempre que seu nome era buscado, Costeja González apresentou uma reclamação à *Agencia Española de Protección de Datos* em 2010, solicitando que *La Vanguardia* e o *Google* efetuassem a supressão de seus dados pessoais e assim, as pessoas não mais se deparassem com a notícia sobre ele ao buscarem por seu nome *online*.²⁴

Naquela oportunidade, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) definiu que o tratamento de dados pelos provedores de busca do *Google* (*Google Espanha e Google Inc.*) tem relação direta com a ampliação do acesso a informações pessoais dos indivíduos, aumentando as suas exposições *online*. Por esta razão, o TJUE condenou os provedores a procederem com a desindexação das informações de Costeja González.

Diante da breve análise do emblemático caso acima narrado, tem-se por óbvio que a condenação não disse respeito à remoção da notícia da *internet*. Na verdade, o que ocorreu foi a supressão do acesso à notícia *online*, por meio da desindexação do nome de Costeja González da publicação. Mas esta, em si, permaneceu veiculada na *internet*. Portanto, como a definição do direito ao esquecimento diz respeito à remoção da notícia dos veículos de comunicação (já trabalhado em tópico anterior), fica evidente que, no caso citado, não houve sua aplicação direta, mas sim a do direito à desindexação. No entanto, o que não se pode negar é que, de certa forma, a aplicação do direito à desindexação contribuiu, ao menos parcialmente, para o esquecimento desejado por Costeja González. Assim, desindexação e esquecimento não são sinônimos e nem sempre estarão interligados, mas, em muitos casos, a desindexação pode colaborar para a efetivação do esquecimento.

Por fim, é importante ressaltar que, ao contrário do direito ao esquecimento, o direito à desindexação está exclusivamente vinculado à *internet*, não havendo possibilidade de sua aplicação em outros meios de comunicação. Por outro lado, o direito ao esquecimento, como observado nos emblemáticos casos *Lebach* e *Aída Curi*, discutidos anteriormente, muitas vezes está relacionado a notícias veiculadas também em outras mídias, como a televisão. Esta é outra diferença entre os dois direitos.

2.2 CONCEITUAÇÃO E RELEVÂNCIA DO DIREITO À DESINDEXAÇÃO

Para uma compreensão abrangente do que se entende por direito à desindexação, é primordial entender o conceito de desindexação em si. Nesse sentido, os autores Mario Viola, Danilo Doneda, Yasodara Córdova e Gabriel Itagiba²⁵ definem de forma clara que:

Desindexar é marcar o URL (*Uniform Resource Locator*, o endereço de uma página na web) para que ele não conste dos resultados de busca de buscadores normais. Isso significa que quando o usuário digita o conteúdo buscando em um campo de busca, ainda que o conteúdo esteja público, não será mostrado na lista dos resultados.

Portanto, conforme a definição acima, é possível concluir que a desindexação se relaciona com a supressão de uma notícia *online*, na medida em que reduz seu acesso ao limitar sua aparição nos resultados de busca. Nesse sentido, o direito à desindexação surge como um instrumento eficaz para que os indivíduos possam recorrer a ele no âmbito digital. É notável como o surgimento desse direito no ordenamento jurídico europeu chamou a atenção de muitos juristas, especialmente por parecer uma alternativa mais moderada para garantir os direitos de personalidade, em comparação ao direito ao esquecimento, já que não envolve a remoção completa da notícia.

Nas palavras do jurista Bruno Tomé Fonseca, a desindexação seria um mecanismo jurídico capaz de equilibrar os direitos de personalidade na *internet* com os direitos comunicacionais, como o direito à informação e à liberdade de expressão²⁶.

Dessa forma, o direito à desindexação funciona como uma possibilidade de manter a disponibilidade de um conteúdo *online*, porém com a redução de sua acessibilidade. Para muitos dos usuários da *internet*, essa não parece ser a melhor solução para seus problemas de privacidade,

especialmente porque o direito à desindexação é uma solução menos invasiva do que aquela proposta pelo direito ao esquecimento. Entretanto, se enganam os que acreditam que não existiria efetividade na aplicação do direito à desindexação no Brasil. A verdade é que, em certas situações, de fato será necessário se recorrer ao direito ao esquecimento, mas em tantas outras, o mecanismo de resolução mais brando proposto pela desindexação pode ser uma boa alternativa. Conforme demonstrou o autor Luciano Floridi sobre a temática:

Em um mundo analógico, a disponibilidade (a informação está lá) de alguma informação é usualmente associada à sua acessibilidade (a informação que está lá é sabida de estar lá), pelo menos à princípio. A melhor forma de se bloquear a acessibilidade a um livro impresso é queimá-lo, como todos os ditadores sempre souberam no passado, porque enquanto o livro estivesse disponível, ele era também potencialmente acessível. Na infosfera, isso não é mais o caso. Uma vez que obtemos informação passando primeiro pela porta da acessibilidade *online*, hoje é normal uma nova abordagem da informação em dois níveis, com a disponibilidade da informação *online* (conteúdo) estando completamente separada de sua acessibilidade (*link*).²⁷

Portanto, como bem delimitado por Floridi, a porta de entrada da *infosfera* é justamente a acessibilidade *online*. Isso ocorre porque, sem acessibilidade, o conteúdo se torna difícil de encontrar ou, pelo menos, mais complicado de ser alcançado. É nesse contexto que se insere o direito à desindexação, uma vez que ele visa controlar a acessibilidade do conteúdo, impondo barreiras ou obstáculos para que os indivíduos tenham acesso a um determinado *link* de notícia.

Como já mencionado anteriormente neste trabalho, conforme a abordagem de William J. Martin, vivemos atualmente em uma "sociedade da informação". Um aspecto relevante, não discutido previamente, é o fato de que, hoje em dia, a grande maioria dos indivíduos utiliza provedores de busca na *internet* para se informar. Assim, embora o direito à desindexação não tenha impacto em veículos de comunicação como rádios e televisões, sua capacidade de restringir o acesso a notícias publicadas na internet já representa um grande avanço.

Nesse sentido, a jurista italiana Silvia Martinelli destacou de maneira assertiva que, "quando não há indexação, de fato, o conteúdo tem sua visibilidade e cognoscibilidade drasticamente reduzidas, diminuindo as chances de ser realmente lido pelos usuários e, portanto, afetando sua capacidade de alcançar o público."²⁸

Diante disso, fica evidente a necessidade de positivação expressa do direito à desindexação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 COMPLEXIDADES ATRELADAS AO DIREITO À DESINDEXAÇÃO

Numa primeira análise, o direito à desindexação parece ser uma inovação dos ordenamentos jurídicos que só apresenta pontos positivos. Entretanto, vale destacar que, apesar dos inúmeros benefícios que sua positivação expressa no Código Civil de 2002 trariam, há que se analisar uma dificuldade correlata a ele, que se encontra na forma como ocorre a supressão dos dados *online*. Destaca-se, entretanto, que a menção a estas complexidades atreladas ao direito à desindexação no presente trabalho não tem como viés inviabilizá-lo, ou demonstrar pontos negativos em sua positivação. O debate visa apenas evidenciar as possibilidades de aprimoramento de sua aplicação, pois, quanto maior sua eficácia, maior será a proteção aos direitos de personalidade no âmbito digital.

A primeira dificuldade reside no fato de que a desindexação deve se dar em cada um dos buscadores, não havendo ainda forma de se desindexar de todos coletivamente. A exemplo disso, no caso *Costeja Gonzalez x Google* mencionado anteriormente, o empresário espanhol solicitou que o Google desindexasse seu nome da notícia sobre a venda de um imóvel para o pagamento de uma dívida, de modo que ela não aparecesse nos resultados de busca. Entretanto, como a desindexação foi feita no *Google*, ainda seria possível encontrar a notícia com a mesma facilidade de antes em outros buscadores, tais como o *Bing* e o *Yahoo*. Sobre a referida questão, os autores Mario Viola, Danilo Doneda, Yasodara Córdova e Gabriel Itagiba²⁹ delimitaram de forma clara:

Note-se que quando um buscador deixa de indexar um URL, isso não significa que outros buscadores também deixarão de apresentá-lo como resultado. A implementação de formulários de requerimento de retirada de conteúdos de resultados de busca nos principais buscadores, por exemplo, se mostra avançada no Google, que definiu práticas e a técnica para o requerimento. Outros buscadores como o Bing, o Yahoo e Duckduckgo, ainda não apresentaram solução para a requisição e retirada dos conteúdos via interface Web, tampouco procedimentos de transparência com relação a eles.

De todo modo, embora ainda não seja possível a uniformização completa da desindexação de links – conforme demonstrado pelos autores mencionados anteriormente, já que outras plataformas de pesquisa, como o *Yahoo*, ainda não apresentaram soluções adequadas para a desindexação de conteúdos – essa não é a maior complexidade envolvida na efetivação do direito à desindexação. Isso porque é incontestável que o *Google* é a plataforma de pesquisa dominante

no mundo. Portanto, a desindexação nessa plataforma já gera efeitos significativamente positivos para o requerente, uma vez que a maioria dos indivíduos utiliza o *Google* para se informar.

No entanto, há questões mais obscuras que residem no universo ainda pouco conhecido dos algoritmos, o que traz uma complexidade mais delicada em relação à eficácia do direito à desindexação. Como já exposto, o direito à desindexação consiste na desvinculação de um determinado termo a uma determinada notícia. Assim, com essa desvinculação, os indivíduos que buscarem por esse termo não encontrarão a notícia. Contudo, o problema central está no fato de que a desvinculação ocorre apenas em relação a um termo específico.

Isso significa que, se os indivíduos buscarem por outros termos relacionados à publicação, que não sejam o termo desvinculado, a notícia ainda poderá ser facilmente encontrada pelos usuários. Nesse sentido, a autora Julia Powles destacou com propriedade essa problemática³⁰:

Por exemplo, o Google está removendo informações apenas em relação a buscas pelo nome completo, o que significa que as informações desatualizadas no cerne do caso não podem ser encontradas na pesquisa pelo nome do espanhol. Entretanto, é possível achar a notícia pela busca do nome parcial ou de forma modificada, ou até mesmo se você souber as residências onde Costeja Gonzáles viveu e queira saber se alguma delas foi confiscada. A questão mais ampla aqui reside no fato de que os dados pessoais incluem todos os identificadores complexos que são identificáveis para um indivíduo. Quando você conhece um endereço, uma profissão e um incidente, bem, o que há em um nome? Às vezes simplesmente ocultar o nome será suficiente para haver o equilíbrio certo entre os direitos individuais e os de terceiros. Mas em outros casos, e especialmente se alguém tiver um motivo para procurar a notícia, isso não será suficiente.

No cenário delineado por Julia Powles, a autora salientou que um indivíduo não se resume apenas a um nome. Portanto, se alguém buscar por termos que representem esse indivíduo além de seu nome completo, ainda poderá encontrar a notícia sem grandes dificuldades. Além disso, a autora trouxe à tona uma questão interessante: em algumas situações, quando apenas o nome completo do indivíduo foi desvinculado da notícia — como ela narra ter ocorrido no caso de Costeja González —, a busca por um nome parcial ou modificado possibilita o acesso à notícia sem grandes obstáculos.

Isso ocorre porque, ao desvincular um termo específico da notícia, ela automaticamente deixa de aparecer nos resultados de busca. Contudo, qualquer alteração nos termos utilizados na pesquisa faz com que a publicação reapareça nos resultados, e, possivelmente, devido aos mecanismos de sugestão de busca que plataformas como o Google utilizam, a notícia ainda pode ser uma das primeiras opções na lista de resultados.

Assim, em um cenário ideal, para garantir a maior eficácia possível ao direito à desindexação, seria necessário realizar uma filtragem dos principais termos associados ao indivíduo que solicitou a desindexação, para que todos esses termos fossem desvinculados da notícia. Embora ainda fosse possível que algumas pessoas se deparassem com a publicação, a probabilidade de encontrá-la seria muito reduzida, pois apenas aquelas que realmente estivessem procurando por ela a encontrariam.

De qualquer forma, é importante reiterar que o presente tópico foi introduzido apenas para discutir formas de aumentar a eficácia da aplicação do direito à desindexação. A maioria das pessoas tende a pesquisar por um termo específico, e, portanto, mesmo que os termos correlatos não sejam desvinculados, a maioria dos usuários não se preocupará em realizar uma pesquisa mais aprofundada. Assim, diante das possibilidades de proteção dos direitos de personalidade no vasto e ainda pouco palpável universo da *internet*, o direito à desindexação pode gerar resultados significativos, caso venha a ser positivado.

3 ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

3.1 BREVE ELUCIDAÇÃO SOBRE A TEMÁTICA DE PROPOSTAS DA REFORMA

Em setembro de 2023, foi constituída pelo então presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, a comissão de juristas responsáveis pelas propostas de reforma do Código Civil de 2002, tendo a comissão sido colocada sob a coordenação do ministro Luis Felipe Salomão do STJ³¹. A reforma do Código Civil foi proposta em relação a vários de seus livros, inclusive com a propositura da criação de um livro sobre os direitos digitais, que são objeto do presente trabalho. O que merece destaque, entretanto, é que a necessidade de reforma para quaisquer dos temas abordados tem um denominador comum: a exigência de que o Direito acompanhe as mudanças sociais (como já demonstrado no tópico introdutório). Neste sentido, muito bem ilustrou o civilista Gustavo Tepedino:³²

A contribuição da Reforma do Código Civil, como em toda intervenção legislativa desse porte, associa-se ao atendimento de demandas emergentes na sociedade, de modo a tornar o dado normativo alinhado com a evolução das práticas sociais. Mostra-se de fato compreensível que o Código Civil, por sua enorme extensão normativa, deva ser

atualizado, passados mais de 20 anos de sua vigência, particularmente na sociedade contemporânea, com transformações tão velozes e profundas.

No que tange à inserção de artigos relacionados ao direito ao esquecimento e ao direito à desindexação, sua necessidade decorre do que já foi discutido em tópicos anteriores, ou seja, do período histórico em que vivemos atualmente, denominado por William J. Martin como "sociedade da informação". Embora a busca por informações sempre tenha estado associada ao desenvolvimento social, o advento da internet e dos aplicativos de streaming transformou esse processo, tornando o acesso à informação possível com apenas alguns cliques. Isso resultou em um consumo desenfreado e inconsciente de programas e notícias.

Em épocas anteriores, embora as pessoas buscassem informações, elas eram muito mais efêmeras. Lia-se o jornal de um dia e, no seguinte, o foco já era a nova edição. Além disso, as fotos eram raras e de difícil disseminação. Hoje, qualquer tipo de postagem ou divulgação permanece gravada. Você assiste a um documentário em uma plataforma de streaming e ele estará sempre disponível para ser revisto. Você clica em uma notícia no celular, e o sistema de algoritmos da plataforma de busca passa a sugerir novos desdobramentos do caso ou notícias semelhantes para leitura. Devido aos avanços tecnológicos, tornou-se muito fácil manter tudo registrado, como se nada pudesse ser esquecido e tudo fosse permanente. É quase como se as pessoas não se permitissem esquecer de nada. O professor alemão Viktor Mayer-Schönberger abordou a questão da memória permanente da seguinte maneira: ³³

A lembrança permanente cria um espectro de um panóptico espacial e temporal, no qual todos podem ser constantemente tentados à autocensura. Talvez, o mais importante seja compreender que a memória digital pode colapsar a história, prejudicando o nosso julgamento e a nossa capacidade de agir no tempo. Ela nega a nós humanos a chance de evoluir, desenvolver e aprender, deixando-nos a oscilar entre duas opções igualmente preocupantes: um passado permanente e um presente ignorante.

Diante dessa problemática, a positivação de direitos, como o direito à desindexação e ao esquecimento, surge como uma possibilidade de criar barreiras contra a memória permanente. Esses direitos oferecem uma oportunidade de preservar os direitos de personalidade, tão valiosos para a sociedade. Foi justamente com esse enfoque que surgiram as propostas de reforma do Código Civil, no que tange à criação de um livro dedicado aos direitos digitais.

É importante destacar que as sugestões de artigos para a positivação desses direitos (que serão analisadas a seguir) não têm a intenção de aniquilar a liberdade de expressão, mas de

alcançar um equilíbrio entre os direitos envolvidos. Por fim, vale ressaltar que há também a proposta de inserção do direito ao apagamento de dados, contudo, como este não é objeto do presente trabalho, suas sugestões de artigos não serão discutidas nos tópicos seguintes.

3.2 PROPOSTAS EM RELAÇÃO AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Primeiramente, antes de adentrar nos artigos propostos pela Comissão Temporária para Reforma do Código Civil (CTRCC), interessante abrir um adendo para o “Caso Aída Curi”, já narrado em momento oportuno neste trabalho. Conforme afirmado anteriormente, no julgamento desse caso, o STF fixou o Tema 786, com repercussão geral, consolidando o entendimento de que a aplicação do direito ao esquecimento seria incompatível com a Constituição do Brasil.

A problemática decorre de um ponto bem explorado pelo Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades da UFMG em um artigo sobre o tema: o fato de que o Tema foi fixado em um contexto de digitalização. Sendo assim, por ser uma decisão recente, o ideal seria que a Comissão tivesse enfrentado de forma mais específica os argumentos que fundamentaram o Tema, com o objetivo de afastar a decisão do STF. No entanto, isso não foi feito. Na prática, positivar o direito ao esquecimento sem enfrentar a argumentação da Suprema Corte poderia resultar na inconstitucionalidade da norma desde sua origem³⁴.

Obviamente, afastar os argumentos elaborados pelo STF para justificar a não aplicação do direito ao esquecimento no caso da vítima Aída Curi pode ser uma tarefa complexa. Talvez, pela novidade do tema no ordenamento jurídico brasileiro, os juristas responsáveis pelas propostas ainda estejam buscando a melhor forma de fazê-lo. Dada essa dificuldade e as inúmeras possibilidades de desdobramento, é preferível, neste trabalho, focar no que já é palpável: os artigos propostos pela Subcomissão.

Nesse contexto, foram propostos dois artigos diretamente relacionados ao direito ao esquecimento, abordando sua temática de maneira específica. Embora existam outros artigos propostos sobre os direitos digitais que podem se referir indiretamente ao direito ao esquecimento, estes não serão objeto de análise no presente trabalho.

O primeiro artigo proposto sobre o direito ao esquecimento possui a seguinte redação, elaborada pela Subcomissão de Direito Digital:

Art. X – Ao indivíduo é possível requerer a aplicação do direito ao esquecimento, que consiste na exclusão permanente de conteúdo, diretamente no site de origem em que este foi publicado.

E relação à proposta acima, o primeiro ponto que merece destaque é o uso do termo *site de origem*. Isto pois, como visto anteriormente no trabalho, o direito ao esquecimento não necessariamente está atrelado a publicações *online*, uma vez que ele pode ser requerido, por exemplo, para documentários passados na televisão ou em *streamings*, sendo esta, inclusive, uma das diferenças básicas entre o direito ao esquecimento e o direito à desindexação. Assim, ao utilizar o termo *site de origem*, a aplicação do direito ao esquecimento passa a se restringir apenas a fatos ocorridos na *internet*, quando, na verdade, sua aplicação pode e deve ser mais ampla. O termo selecionado deveria abarcar todos os cenários em que o direito ao esquecimento possa ser aplicado. Seguindo a sugestão do Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades da UFMG, poderia ser adotado o termo *local de origem*.³⁵

Já o segundo artigo proposto pela Subcomissão de Direito Digital a respeito do direito ao esquecimento possui a seguinte redação:

Art. X – São requisitos para o exercício do direito ao esquecimento:

- I – Demonstração de transcurso de lapso temporal razoável da publicação de informação verídica que não mais possui relevância, interesse público atual ou fato histórico;
- II – Demonstração de que a manutenção da informação em sua fonte, poderá gerar significativo potencial de dano ao indivíduo ou a seus representantes legítimos;
- III – Análise no caso concreto ao condicionamento do excesso ou abuso no exercício da liberdade de expressão e de informação;
- IV – Autorização judicial.

De maneira inicial, percebe-se que este artigo complementa o anterior, ao estabelecer os requisitos necessários para a aplicação do direito ao esquecimento. Sobre o primeiro dos incisos, é notório como ele coaduna com aquilo que ficou estabelecido majoritariamente pela doutrina, isto é, com o fato de que a divulgação a que se almeja ver apagada seja pretérita e que, apesar de verídica, não possua mais relevância, interesse público ou fato histórico.

A problemática central deste inciso – e a que tudo indica, será uma dificuldade a ser enfrentada pelos magistrados – diz respeito justamente a esta necessidade de a informação não possuir mais relevância, interesse público ou fato histórico. Isto pois, conforme demonstrado anteriormente neste trabalho no tópico 2.1, a determinação do que seja relevante ou possua

interesse público é escorregadia, e pela literalidade do artigo, abrirá espaço para discricionariedade no judiciário. O cuidado que deverá ser tomado, como bem demonstrou o autor Luciano Floridi em seu trabalho de pesquisa sobre este direito³⁶, é justamente o de se evitar fazer uma análise puramente temporal para se estabelecer se a informação é relevante ou não, uma vez que muitas vezes a relevância não se mede somente com base no tempo. Nas palavras do autor:³⁷

Como filósofos e lógicos sabem muito bem, determinar a relevância de algumas informações é um problema muito difícil de se resolver. Neste caso também, é impossível determinar a relevância de uma vez por todas, por meio da invenção de uma regra simples e universal, isto porque a relevância é dinâmica e é certamente um erro reduzi-la a uma questão meramente cronológica – como a decisão do caso de Costeja Gonzáles aparentemente convida o indivíduo a fazer – como se informações antigas fossem irrelevantes se comparadas com novas informações. [...] O que alguém comeu no café da manhã hoje de manhã pode ser totalmente irrelevante se comparado ao que a pessoa fez cinquenta anos atrás.

Conforme destacado pelo jusfilósofo italiano, embora o critério temporal seja essencial para a aplicação do direito ao esquecimento, ele deve ser ponderado com cautela e não pode ser a única justificativa para a manutenção ou remoção de uma publicação, independentemente de sua forma. Isso porque a relevância de uma notícia nem sempre está diretamente vinculada ao período de sua publicação, mas sim ao seu conteúdo. Vale ressaltar que a abordagem deste inciso no presente trabalho não tem como objetivo criticá-lo, pois sua redação está em conformidade com os requisitos doutrinários para a aplicação do direito ao esquecimento (já abordados no tópico 2.1).

Por outro lado, em relação ao inciso II, ao restringir o exercício do direito ao esquecimento apenas à vítima ou a seus representantes legítimos, ele deixa de contemplar outros familiares do indivíduo que, mesmo não sendo seus representantes legais, podem ser prejudicados por uma notícia veiculada, como no caso de publicações na internet.³⁸

Na sequência, o inciso III, a partir do momento em que prevê a necessidade de “análise no caso concreto ao condicionamento do excesso ou abuso no exercício da liberdade de expressão e de informação”, faz referência justamente à ressalva trazida no Tema 786 do STF, fixado durante o julgamento do ‘Caso Aída Curi’, ressalva esta abordada anteriormente no tópico 2.5 do presente trabalho, mas que oportunamente merece ser novamente mencionada. Na Tese 786, pelo menos em parte, sua redação se assemelha ao inciso III do artigo, especialmente em seu trecho final, que expõe:³⁹

[...] Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Dessa forma, de uma maneira ou de outra, ao condicionar a aplicação do direito ao esquecimento à análise de eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão, a Subcomissão está propondo um dispositivo que, ainda que parcialmente, se alinha à determinação do STF, apesar de este ter considerado o direito ao esquecimento inconstitucional.

Ademais, ao nos aproximarmos do encerramento da análise do artigo que trata dos requisitos para o exercício do direito ao esquecimento, no que diz respeito ao inciso IV, a necessidade de autorização judicial (já destacada anteriormente neste trabalho como sendo de extrema importância) decorre do fato de que esse direito, conforme ressaltado pelos autores Ricardo Campos, Carolina Santos e Samuel Rodrigues de Oliveira, não pode ser acionado de maneira irrestrita, uma vez que sua aplicação pode produzir efeitos inversos sobre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à informação. Portanto, considerando toda a análise já exposta, é natural que a Subcomissão de Direito Digital tenha limitado a aplicação do direito ao esquecimento à autorização judicial, como fez.

Diante disso, fica claro que a tentativa da Subcomissão foi justamente seguir o que a doutrina, de forma geral, consolidou como requisitos para a aplicação do direito ao esquecimento. Ainda que neste tópico tenham sido apontadas possíveis modificações às sugestões de artigos, a positivação da forma sugerida é preferível à sua ausência.

3.3 PROPOSTAS EM RELAÇÃO AO DIREITO À DESINDEXAÇÃO

Em relação ao direito à desindexação, a Subcomissão de Direito Digital apresentou no anteprojeto de Reforma do Código Civil de 2002, a proposta de um artigo concernente a este direito. Novamente, vale ressaltar que outros artigos podem tangenciar a temática do direito à desindexação, entretanto, este trabalho se concentrará apenas naquele que aborda especificamente sua temática e que possui a seguinte redação:

Art. X – Ao indivíduo é possível requerer a aplicação do direito à desindexação que consiste na remoção do link que direciona a informações inadequadas, não mais relevantes

ou excessivas, que não possuem finalidade para a exposição, de mecanismos de busca, websites ou plataformas digitais, permanecendo o conteúdo no site de origem.

§1º - São casos em que se aplica a desindexação:

I – Remoção de imagens pessoais explícitas ou íntimas;

II – Remoção de pornografia falsa involuntária envolvendo o usuário;

III – Remover informações de identificação pessoal ou conteúdo de doxxing dos resultados da pesquisa;

IV – Remoção de conteúdo que envolva imagem de menores;

V – Remoção de nudez ou conteúdo sexual de pessoas menores de 18 anos.

Para uma melhor análise do artigo acima, é interessante dividir sua abordagem entre o *caput* e o parágrafo 1º, na ordem apresentada. Iniciando pelo *caput*, como discutido anteriormente no tópico 3.2, a conceituação do direito à desindexação é, no mínimo, complexa. Isso porque esse direito envolve fatores como algoritmos e outras questões que residem na *infosfera*⁴⁰, as quais ainda são pouco compreendidas pelos indivíduos. Diante disso, a definição apresentada no *caput* sobre o direito à desindexação é vaga e, certamente, imprecisa.⁴¹

Ao restringir a definição do direito à desindexação como a “remoção do link que direciona a informações inadequadas [...]”, é evidente a falta de precisão técnica na escolha dos termos utilizados para descrever esse direito, especialmente por se tratar do primeiro artigo a abordar a desindexação no Brasil. Como analisado na conceituação do direito à desindexação no tópico 3.2 deste trabalho, sua aplicação visa proteger os direitos de personalidade no contexto da internet. Portanto, sendo uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, teria sido interessante adotar uma definição mais abrangente.

Além disso, como bem destacado pelo autor Bruno Tomé Fonseca, a desindexação é um mecanismo jurídico capaz de equilibrar os direitos de personalidade na internet com os direitos comunicacionais, como o direito à informação e à liberdade de expressão⁴². Nesse sentido, como discutido anteriormente, o direito à desindexação oferece uma solução menos invasiva do que o direito ao esquecimento para resolver os conflitos entre os direitos de personalidade e os direitos à liberdade de expressão e de informação no âmbito digital.

Diante disso, como muito bem demonstrou o Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades da UFMG, teria sido interessante que, ao invés de restringir a aplicação do direito à desindexação a remoção de *links* que direcionem a informações inadequadas, também fosse incluída no *caput* a possibilidade de sua aplicação como medida paliativa para os casos em que a remoção do conteúdo em si (solução mais extrema) se torne muito complexa. Nas palavras do Núcleo:⁴³

Ainda, seria viável incluir neste dispositivo a possibilidade do uso da desindexação de conteúdo como medida paliativa para os casos em que há previsão legal de remoção de conteúdo e, por qualquer motivo, a remoção torne-se de difícil ou impossível aplicação, servindo como um suporte à concretização dos mais variados direitos de personalidade.

Por outro lado, em relação ao parágrafo 1º deste artigo, observa-se, primeiramente, um vício formal, uma vez que, sendo este o único parágrafo que acompanha o *caput*, o correto seria a utilização do termo "parágrafo único" ao invés de §1º (parágrafo primeiro), em conformidade com o disposto no art. 10, III, da Lei Complementar n. 95/1998⁴⁴. Além disso, em se tratando do conteúdo em si do parágrafo proposto, é possível perceber que as hipóteses para que haja a aplicação do direito à desindexação não condizem com sua devida conceituação.

Isso ocorre porque, no artigo sugerido pela Subcomissão, foram utilizados termos como "remoção de imagens" e "remoção de conteúdo". Entretanto, como explicitado no tópico 3.2 deste trabalho, a desindexação não implica na remoção do conteúdo em si, mas sim na redução de sua acessibilidade, por meio da desvinculação de um determinado termo de uma determinada notícia. Nesse sentido, é importante rememorar a definição trazida pelos autores Mario Viola, Danilo Doneda, Yasodara Córdova e Gabriel Itagiba⁴⁵, que explicaram que desindexar significa, na verdade, marcar o URL (*Uniform Resource Locator*, ou endereço de uma página na web) para que este não conste nos resultados de busca nas plataformas de pesquisa. Sendo assim, fica claro que desindexar não implica, por exemplo, na remoção do conteúdo, conforme previsto no inciso IV do §1º do artigo sugerido.

Portanto, diante da confusão gerada no artigo sugerido entre os termos remoção e desindexação (que por todo o exposto, já ficou comprovado serem coisas distintas), seria interessante que se fizesse a adequação dos termos, ou até mesmo a exclusão integral do parágrafo proposto, conforme sugeriu o Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades da UFMG em seu estudo sobre o tema⁴⁶.

3.4 PROPOSTA MISTA

Um último artigo proposto pela Subcomissão de Direito Digital para Reforma do Código Civil de 2002 versa tanto sobre o direito ao esquecimento, quanto sobre o direito à desindexação, além de ainda versar sobre o direito ao apagamento de dados que, conforme anteriormente mencionado, é um dos direitos que possui proposta de positivação no âmbito dos

direitos digitais, mas que não será discutido neste trabalho. Entretanto, a menção ao artigo proposto faz-se necessária para analisá-la quanto aos direitos ao esquecimento e à desindexação. Sendo assim, a proposta possui a seguinte redação:

Art. X - Os mecanismos de busca deverão estabelecer procedimentos claros e acessíveis para que os usuários possam solicitar o direito ao esquecimento, a exclusão de dados pessoais e a desindexação de conteúdo.

Pela leitura do artigo, percebe-se que a Subcomissão optou por sugerir que os mecanismos de busca sejam responsáveis por estabelecer os procedimentos para que os indivíduos possam requerer tanto o direito ao esquecimento quanto o direito à desindexação. Inicialmente, é importante destacar que, por mecanismos de busca, entende-se plataformas como *Google* e o *Yahoo*.⁴⁷

Em relação ao direito ao esquecimento, o obstáculo em atribuir aos mecanismos de busca a responsabilidade por estabelecer os procedimentos para seu requerimento está na própria redação do artigo concernente a esse direito. Conforme discutido no tópico sobre as propostas relacionadas ao direito ao esquecimento (tópico 4.2), o artigo sugerido pela Subcomissão expressamente condiciona a aplicação do direito ao esquecimento à autorização judicial. Portanto, existe uma clara incompatibilidade entre a previsão daquele artigo e este que estamos analisando.

Por outro lado, o Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades da UFMG destacou corretamente que, mesmo sem a previsão expressa de autorização judicial necessária para a aplicação do direito à desindexação, a análise dos procedimentos de desindexação não deveria ser deixada a cargo de entidades privadas, como o *Google*.⁴⁸ Como já discutido anteriormente, o direito à desindexação pode ser considerado uma medida mais branda de proteção aos direitos de personalidade, se comparado ao direito ao esquecimento. No entanto, sua aplicação não pode ocorrer de forma automática ou sem as devidas ponderações, pois, ainda que seja uma alternativa mais suave, ela também terá impacto na liberdade de expressão e informação.

Portanto, mesmo que sua aplicação não exija autorização judicial, é imprescindível que uma entidade responsável coordene o processo. O Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades da UFMG sugere que a análise seja feita por uma autoridade pública competente, ao invés de ser delegada a um mecanismo de busca privado. Nesse sentido, o Núcleo propôs que a verificação fosse realizada por entidades como a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados)⁴⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessária positivação dos direitos ao esquecimento e à desindexação surge em momento oportuno, uma vez que agora, mais do que nunca, vivemos em uma sociedade de excessos informacionais. Evidentemente, o caminho a ser percorrido até que esses direitos sejam plenamente positivados (ou até mesmo após sua positivação) é complexo e escorregadio. De um lado, temos os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de informação; do outro, estão os direitos de personalidade, que também merecem proteção no ambiente digital.

Ponderar qual desses direitos fundamentais deve prevalecer, como já abordado, não será tarefa fácil. O caminho inicialmente traçado pela Subcomissão de Direito Digital é o de que, ao menos em relação ao direito ao esquecimento, essa ponderação seja delegada ao Judiciário, com uma análise caso a caso.

Como visto, a aplicação do direito ao esquecimento impõe uma análise mais minuciosa, uma vez que envolve a remoção de uma notícia, seja ela publicada em um jornal, na internet, transmitida em um programa de streaming ou qualquer outro meio de ampla divulgação. Dada a natureza rigorosa dessa medida, a dependência da autorização judicial para sua aplicação foi uma proposta acertada da Subcomissão.

Por outro lado, o direito à desindexação surgiu em 2014, durante o julgamento do caso *Costeja González vs. Google Espanha*, como uma tentativa de equilibrar o direito à liberdade de expressão e os direitos de personalidade no ambiente digital. Diferentemente do direito ao esquecimento, o direito à desindexação tem aplicação restrita à *infosfera*. Embora seja mais limitado, ele oferece uma solução menos rigorosa para os problemas causados pelos excessos informacionais na internet. Isso porque esse direito não determina a remoção de uma publicação, mas sim sua desindexação, o que, como já discutido, pode produzir efeitos similares ao esquecimento, com a vantagem de não exigir a remoção efetiva do item publicado.

Por todo o exposto — seja no que diz respeito ao cenário atual de excessos informacionais e à dominação da *infosfera*, seja em relação à conceituação dos direitos tratados —, observa-se que a reforma do Código Civil para a positivação expressa dos direitos ao esquecimento e à desindexação não só é útil, mas também necessária para impor barreiras ao sistema de memória permanente que emergiu gradualmente com o avanço tecnológico. Mesmo

considerando que nem todas as propostas de artigos foram formuladas da melhor maneira, a reforma é fundamental.

Julia Powles acrescenta precisas palavras sobre o tema⁵⁰:

Nós já percorremos um longo caminho daquilo que é essencialmente um sistema parasitário, que oferece serviços gratuitos em troca da exploração de dados pessoais. Mas isso não deve significar que devemos erguer nossas mãos em desespero, deixando os alicerces das nossas vidas caírem por causa do destino, sobrecarregando-nos mutualmente com o peso dos momentos passados e a circulação permanente de dados pessoais fora de qualquer controle. A internet é jovem. Ecossistemas evoluem. Os problemas não são lineares, da mesma forma que não são a criatividade, a engenhosidade e os caminhos traçados em prol de soluções reais.

Assim, é importante reconhecer que, no atual estágio de desenvolvimento tecnológico, essas reformas não apenas respondem às necessidades contemporâneas, mas também abrem espaço para um futuro no qual o equilíbrio entre a preservação da memória digital e o direito ao esquecimento será cada vez mais desafiador. As reformas legislativas são o primeiro passo em uma jornada contínua para encontrar soluções equilibradas que respeitem a dignidade humana em um ambiente digital em constante evolução.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Patrick Scripilliti Bahia. **Otimização de websites para mecanismos de busca na internet: uma contribuição do ergodesign**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=10375@1&msg=28#>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. **Lei 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. **Lei Complementar 95 de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1010606**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786#:~:text=É%20incompat%C3%ADvel%20com%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,comunica%C3%A7%C3%A3o%20social%20anal%C3%B3gicos%20ou%20d%20igitais>. Acesso em: 16 maio 2024.

CAMPOS, Ricardo; SANTOS, Carolina Xavier; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues. **Direito ao esquecimento e a desindexação: avanços na proposta de atualização do Código Civil**. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-23/direito-ao-esquecimento-e-a-desindexacao-no-brasil-avancos-na-proposta-de-atualizacao-do-codigo-civil>. Acesso em: 24 abr. 2024

DIAS, Maria Berenice. **O direito das sucessões na reforma do Código Civil**. Consultor Jurídico, 16 de abril de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-16/o-direito-das-sucessoes-na-reforma-do-codigo-civil>. Acesso em: 29 maio 2024.

FONSECA, Bruno Tomé. **A desindexação enquanto direito fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira: possibilidades e limites**. Dissertação (Mestrado interinstitucional em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. São Luís, 2022.

FLORIDI, Luciano. **‘The right to be forgotten’: a philosophical view**. 15 de maio de 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3853478. Acesso em: 22 maio 2024.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. Princeton University Press, 2009.

MENEZES, Victor Hugo T. **O caso Google Spain vs. Mário Costeja González**. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/1-o-caso-google-spain-vs-mario-costeja-gonzalez/441755309>. Acesso em: 25 maio 2024.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz; GOMES, Débora Quaiato; CARVALHO, Fernanda Marinho A.; SANTOS, Katharina Cândido da Silva; GUIMARÃES, Luíza Resende; RUFATO, Marina Guimarães; CRUZ, Pedro Lucas Moura de Almeida; COSTA, Victoria Vital de Castro Macedo. **Direito ao esquecimento, direito à desindexação e direito ao apagamento de dados**. Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades. UFMG. Fev. 2024. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/12/DireitoAoEsquecimento.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2024.

POWLES, Julia. The case that won't be forgotten. **Loyola University Chicago Law Journal**, Chicago, v. 7, n. 2, 2015.

SANCHES, Amanda. **Direito ao esquecimento: caso Lebach e decisão atual do STF**. Jusbrasil, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-ao-esquecimento-caso-lebach-e-decisao-atual-do-stf/1166653821>. Acesso em: 10 maio 2024.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A Reforma do Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/1044/640>. Acesso em: 29 maio 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia**. (Google Spain, Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos (AEDP), Mario Costeja González, 13 de maio de 2014, processo c-131/12). Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5fe90ba6179b14238af0fae643c9fa1b9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKaNb0?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=DOC&docid=152065&occ=first&dir=&cid=100417. Acesso em: 8 maio 2024.

VARNER, Eric R. **Mutilation and transformation: damnation memoriae and roman imperial portraiture**. Brill Leiden: Boston, 2004.

VIOLA, Mario; FERRAZ, Eduardo Junqueira. **Direito ao esquecimento: internet e sociedade**. Rio de Janeiro: ITS, 2017. Disponível em: <https://d26k070p771odc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/06/Direito-ao-esquecimento.pdf>. Acesso em: 25 maio 2024.

VIOLA, Mario; DONEDA, Danilo; CÓRDOVA, Yasodara; ITAGIBA, Gabriel. Entre privacidade e liberdade de informação e expressão: existe um direito ao esquecimento no Brasil? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Notas

¹ VARNER, Eric R. *Mutilation and transformation: damnation memoriae and roman imperial portraiture*. Brill Leiden: Boston, 2004, p. 1: “as sanções legais associadas à damnatio memoriae estabeleciam os mecanismos pelos quais um indivíduo era simultaneamente anulado e condenado. Os próprios romanos perceberam que era possível alterar a percepção da posteridade em relação ao passado especialmente pelo registro visual e epigráfico. Sanções aplicadas pelo Senado poderiam determinar a destruição dos monumentos e inscrições comemorando criminosos capitais como hostes, ou oficiais inimigos do Estado romano. Como resultado, o nome e o título dos condenados eram removidos de todas as listas oficiais (*fasti*); as imagens (*imagines*) representando os falecidos eram banidas da exibição em funerais aristocráticos; os livros escritos pelos condenados eram confiscados e queimados.”

² NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 23.

³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 172.

⁴ BRASIL. *Lei 7.210 de 11 de julho de 1984*. Art. 202 da LEP dispõe que “Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da justiça, qualquer

notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.”

- ⁵ BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Art. 43, § 1º do CDC dispõe que, “Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.”
- ⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Google Spain, Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos (AEDP), Mario Costeja González, 13 de maio de 2014, processo c-131/12). Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5fe90ba6179b14238af0fae643c9fa1b9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKaNb0?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=DOC&docid=152065&occ=first&dir=&cid=100417. Acesso em: 8 maio 2024.
- ⁷ FLORIDI, Luciano. ‘The right to be forgotten’: a philosophical view. 15 de maio de 2015, p. 5. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3853478. Acesso em: 22 maio 2024.
No original: “The right to be forgotten is precisely a case in which individual privacy and the social right to freedom of speech pull the debate in opposite directions.”
- ⁸ CAMPOS, Ricardo; SANTOS, Carolina Xavier; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues. *Direito ao esquecimento e a desindexação: avanços na proposta de atualização do Código Civil*. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-23/direito-ao-esquecimento-e-a-desindexacao-no-brasil-avancos-na-proposta-de-atualizacao-do-codigo-civil>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- ⁹ FLORIDI, Luciano. ‘The right to be forgotten’: a philosophical view. 15 de maio de 2015, p. 4. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3853478. Acesso em: 22 maio 2024.
No original: “The truth is rather that, like all other ethical principles, sometimes privacy and freedom of speech need to be prioritized or reconciled in different ways.”
- ¹⁰ O caso Lebach foi o primeiro caso emblemático, mas não foi o primeiro caso julgado a respeito da temática do direito ao esquecimento. Cita-se como exemplo o caso *Affaire Landru*, julgado em 1965 pelo Ministério da Justiça francês (*Ministère de la Justice*).
- ¹¹ SANCHES, Amanda. *Direito ao esquecimento: Caso Lebach e decisão atual do STF*. Jusbrasil, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-ao-esquecimento-caso-lebach-e-decisao-atual-do-stf/1166653821>. Acesso em: 10 maio 2024.
- ¹² VIOLA, Mario; FERRAZ, Eduardo Junqueira. *Direito ao esquecimento: internet e sociedade*. Rio de Janeiro: ITS, 2017, p. 3. Disponível em: <https://d26k070p7710dc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/06/Direito-ao-esquecimento.pdf>. Acesso em: 25 maio 2024.
- ¹³ MARTIN, William J. *The Global Information Society*. Vermont: Brookfield, 1995, p. 3 *apud* VIOLA, Mario; FERRAZ, Eduardo Junqueira. *Direito ao esquecimento*. Internet e Sociedade, 2017, p. 1.
- ¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º, IV dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”; Art. 5º, IX dispõe que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; Art. 5º, XIV dispõe que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”; Art. 5º, X dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”
- ¹⁵ VIOLA, Mario; FERRAZ, Eduardo Junqueira. *Direito ao esquecimento: internet e sociedade*. Rio de Janeiro: ITS, 2017, p. 2. Disponível em: <https://d26k070p7710dc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/06/Direito-ao-esquecimento.pdf>. Acesso em: 25 maio 2024.
- ¹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 174.
- ¹⁷ FLORIDI, Luciano. ‘The right to be forgotten’: a philosophical view. 15 de maio de 2015, p. 5. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3853478. Acesso em: 22 maio 2024.
No original: “At the same time, there is no fixed rule or mere algorithm to resolve the conflict, and only human intelligence can strike the right balance.”
- ¹⁸ BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22 maio 2024.
- ¹⁹ Ressalta-se, entretanto, que o STJ adota posicionamento semelhante àquele adotado pelo STF no que tange ao direito ao esquecimento.
- ²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1010606*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786#:~:text=É%20incompat%C3%ADvel%20com%20a%20Constituição,comunicação%20social%20analógicos%20ou%20digitais>. Acesso em: 16 de maio de 2024.

- ²¹ VIOLA, Mario; FERRAZ, Eduardo Junqueira. *Direito ao esquecimento*: internet e sociedade. Rio de Janeiro: ITS, 2017, p. 7. Disponível em: <https://d26k070p771odc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/06/Direito-ao-esquecimento.pdf>. Acesso em: 25 maio 2024.
- ²² PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz; GOMES, Débora Quaiato; CARVALHO, Fernanda Marinho A.; SANTOS, Katharina Cândido da Silva; GUIMARÃES, Luíza Resende; RUFATO, Marina Guimarães; CRUZ, Pedro Lucas Moura de Almeida; COSTA, Victoria Vital de Castro Macedo. *Direito ao Esquecimento, direito à desindexação e direito ao apagamento de dados*. Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades (UFMG). Fev. 2024, p. 8. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/12/DireitoAoEsquecimento.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- ²³ *Idem*, p. 29.
- ²⁴ MENEZES, Victor Hugo T. *O caso Google Spain vs. Mario Costeja González*. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/1-o-caso-google-spain-vs-mario-costeja-gonzalez/441755309>. Acesso em: 25 maio 2024. Também Tribunal de Justiça da União Europeia (google spain, google inc. Contra agencia española de protección de datos (aedp), Mario Costeja González, 13 de maio de 2014, processo c-131/12) Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acesso em: 25 maio 2024.
- ²⁵ VIOLA, Mario; DONEDA, Danilo; CORDOVA, Yasodara; ITAGIBA, Gabriel. Entre privacidade e liberdade de informação e expressão: existe um direito ao esquecimento no Brasil? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 366.
- ²⁶ FONSECA, Bruno Tomé. *A desindexação enquanto direito fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira*: possibilidades e limites. Dissertação (Mestrado interinstitucional em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. São Luís, 2022, p. 36.
- ²⁷ FLORIDI, Luciano. *'The right to be forgotten': a philosophical view*. 15 de maio de 2015, p. 6. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3853478. Acesso em: 22 maio 2024.
No original: “In an analogue world, the availability (“the information is there”) of some information is usually coupled to its accessibility (“the information that is there is known to be there”) at least in principle. The best way to block the accessibility to a printed book is to burn it, as all dictators have always known in the past, because as long as it is available it is also potentially accessible. In the infosphere, this is no longer the case. Since we obtain information by going first through the gate of its online accessibility, today a new, two-tier approach to information is normal, with the availability of information online (content) being completely detached from its accessibility (link).”
- ²⁸ No original: “In assenza dell’indicizzazione, infatti, il contenuto ha una ridotta visibilità e conoscibilità, riducendo drasticamente, le possibilità ch’esso sai effettivamente letto da parte degli utenti e, quindi, incidendo sulla sua possibilità di raggiungere il pubblico”. MARTINELLI, Silvia. *Diritto all’oblio e motori di ricerca*: memoria e privacy nell’era digitale. Milano: Giuffrè, 2017. p. 187 *apud* PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz; GOMES, Débora Quaiato; CARVALHO, Fernanda Marinho A.; SANTOS, Katharina Cândido da Silva; GUIMARÃES, Luíza Resende; RUFATO, Marina Guimarães; CRUZ, Pedro Lucas Moura de Almeida; COSTA, Victoria Vital de Castro Macedo. *Direito ao esquecimento, direito à desindexação e direito ao apagamento de dados*. Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades (UFMG). Fev. 2024, p. 18. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/12/DireitoAoEsquecimento.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- ²⁹ VIOLA, Mario; DONEDA, Danilo; CORDOVA, Yasodara; ITAGIBA, Gabriel. Entre privacidade e liberdade de informação e expressão: existe um direito ao esquecimento no Brasil? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 366.
- ³⁰ POWLES, Julia. The Case That Won’t Be Forgotten. *Loyola University Chicago Law Journal*, Chicago, v. 7, n. 2, 2015. p. 598. No original: “For example, Google is delisting information from full name search only, meaning that the outdated information at the core of the case cannot be found on searching the Spanish man’s name. It can, however, be found on a partial or modified name, or if you happen to know the residences where Costeja González lived and want to know if any of them were forfeited. The broader issue here is that personal data includes all the complex identifiers that are identifiable to an individual. When you know an address, a profession, and an incident, well, what is in a name? Sometimes simply obscuring the name will achieve the right balance between individual rights and those of third parties. In other cases, and particularly if someone has reason to search, it will not.”
- ³¹ DIAS, Maria Berenice. *O direito das sucessões na reforma do Código Civil*. Consultor Jurídico. 16 de abril de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-16/o-direito-das-sucessoes-na-reforma-do-codigo-civil>. Acesso em: 29 maio 2024.

- ³² TEPEDINO, Gustavo. A Reforma do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 32, n. 4, p. 11-13. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/1044/640>. Acesso em: 29 maio 2024.
- ³³ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. Princeton University Press, 2009, p. 77. No original: “*Permanent remembering creates the specter of a spatial and temporal panopticon, in which everybody may constantly be tempted to self-censor. Perhaps, most importantly, comprehensive digital remembering collapses history, impairing our judgment and our capacity to act in time. It denies us humans the chance to evolve, develop and learn, leaving us helplessly oscillating between two equally troubling options: a permanent past and an ignorant present.*”
- ³⁴ PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz; GOMES, Débora Quaiato; CARVALHO, Fernanda Marinho A.; SANTOS, Katharina Cândido da Silva; GUIMARÃES, Luíza Resende; RUFATO, Marina Guimarães; CRUZ, Pedro Lucas Moura de Almeida; COSTA, Victoria Vital de Castro Macedo. *Direito ao esquecimento, direito à desindexação e direito ao apagamento de dados*. Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades. UFMG. Fev. 2024, p. 33. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/12/DireitoAoEsquecimento.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- ³⁵ PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz; GOMES, Débora Quaiato; CARVALHO, Fernanda Marinho A.; SANTOS, Katharina Cândido da Silva; GUIMARÃES, Luíza Resende; RUFATO, Marina Guimarães; CRUZ, Pedro Lucas Moura de Almeida; COSTA, Victoria Vital de Castro Macedo. *Direito ao esquecimento, direito à desindexação e direito ao apagamento de dados*. Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades. UFMG. Fev. 2024, p. 34. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/12/DireitoAoEsquecimento.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- ³⁶ O trabalho do jus-filósofo italiano Luciano Floridi não foi sobre as propostas de reforma do Código Civil brasileiro. Entretanto, as conclusões a que ele chegou podem ser aplicadas às propostas de artigos sugeridos pela Subcomissão de direito digital.
- ³⁷ FLORIDI, Luciano. ‘*The right to be forgotten*’: a philosophical view. 15 de maio de 2015, p. 5. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3853478. Acesso em: 22 maio 2024.
No original: “*As philosophers and logicians know too well, determining the relevance of some information is a very hard problem to solve. In this case too, it is impossible to fix the relevance once and for all, by devising a simple and universal rule, for relevance is dynamic and it is certainly a mistake to reduce it to a mere chronological matter – as the ruling seems to invite one to do – as if old information were irrelevant when compared to new one. (...) What someone had for breakfast this morning may be totally irrelevant compared to what the person did fifty years ago.*”
- ³⁸ PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz; GOMES, Débora Quaiato; CARVALHO, Fernanda Marinho A.; SANTOS, Katharina Cândido da Silva; GUIMARÃES, Luíza Resende; RUFATO, Marina Guimarães; CRUZ, Pedro Lucas Moura de Almeida; COSTA, Victoria Vital de Castro Macedo. *Direito ao Esquecimento, direito à desindexação e direito ao apagamento de dados*. Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades. UFMG. Fev. 2024, p. 35. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/12/DireitoAoEsquecimento.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- ³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1010606*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786#:~:text=É%20incompat%C3%ADvel%20com%20a%20Constituição,comunicação%20social%20analógicos%20ou%20digitais>. Acesso em: 16 maio 2024.
- ⁴⁰ Infosfera consiste no espaço de informações digitais que envolve nosso planeta.
- ⁴¹ PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz; GOMES, Débora Quaiato; CARVALHO, Fernanda Marinho A.; SANTOS, Katharina Cândido da Silva; GUIMARÃES, Luíza Resende; RUFATO, Marina Guimarães; CRUZ, Pedro Lucas Moura de Almeida; COSTA, Victoria Vital de Castro Macedo. *Direito ao Esquecimento, direito à desindexação e direito ao apagamento de dados*. Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades. UFMG. Fev. 2024, p. 36. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/12/DireitoAoEsquecimento.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- ⁴² FONSECA, Bruno Tomé. *A desindexação enquanto direito fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira*: possibilidades e limites. Dissertação (Mestrado interinstitucional em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, São Luís, 2022, p. 36.
- ⁴³ *Idem*, p. 41.
- ⁴⁴ BRASIL. *Lei Complementar 95 de 26 de fevereiro de 1998*. Art. 10, III da Lei dispõe que “*Os parágrafos serão representados pelo sinal gráfico §, seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste, utilizando-se, quando existente apenas um, a expressão ‘parágrafo único’ por extenso.*”
- ⁴⁵ VIOLA, Mario; DONEDA, Danilo; CORDOVA, Yasodara; ITAGIBA, Gabriel. Entre privacidade e liberdade de informação e expressão: existe um direito ao esquecimento no Brasil? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana

Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 366.

⁴⁶ PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz; GOMES, Débora Quaiato; CARVALHO, Fernanda Marinho A.; SANTOS, Katharina Cândido da Silva; GUIMARÃES, Luíza Resende; RUFATO, Marina Guimarães; CRUZ, Pedro Lucas Moura de Almeida; COSTA, Victoria Vital de Castro Macedo. *Direito ao Esquecimento, direito à desindexação e direito ao apagamento de dados*. Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades. UFMG. Fev. 2024, p. 37. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/12/DireitoAoEsquecimento.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2024.

⁴⁷ ALMEIDA, Patrick Scripilliti Bahia. *Otimização de websites para mecanismos de busca na internet: uma contribuição do ergodesign*. Rio de Janeiro, 2007, p. 44. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=10375@1&msg=28#>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁴⁸ PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz; GOMES, Débora Quaiato; CARVALHO, Fernanda Marinho A.; SANTOS, Katharina Cândido da Silva; GUIMARÃES, Luíza Resende; RUFATO, Marina Guimarães; CRUZ, Pedro Lucas Moura de Almeida; COSTA, Victoria Vital de Castro Macedo. *Direito ao Esquecimento, direito à desindexação e direito ao apagamento de dados*. Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades. UFMG. Fev. 2024, p. 38. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/12/DireitoAoEsquecimento.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2024.

⁴⁹ *Idem*, p. 48.

⁵⁰ POWLES, Julia. The case that won't be forgotten. *Loyola University Chicago Law Journal*, Chicago, v. 7, n. 2, 2015, p. 612. No original: "We are already a long way along the path of what is essentially a parasitic system, offering free services in return for the exploitation of personal data. But this should not mean that we throw up our hands in despair, letting the building blocks of our lives fall to fate, burdening one another with the weight of past moments and the permanent circulation of personal data beyond all control. The internet is young. Ecosystems evolve. The issues are not linear, but neither are creativity, ingenuity, and paths to real solutions."

A INADEQUAÇÃO DA INSERÇÃO DO SERVIÇO NOTARIAL DENTRE AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS: UMA QUESTÃO DE FINALIDADE

THE INADEQUACY OF INSERTING THE NOTARY SERVICE INTO CONSUMER RELATIONS: A QUESTION OF PURPOSE

Juliano Ralo Monteiro¹

Carla Thomas²

RESUMO

A inserção do serviço notarial dentre as relações tidas consumeristas se apresenta inadequada diante da análise da principiologia e finalidade da atividade que é exercida em caráter privado pela pessoa natural do profissional do Direito, prestador do serviço público por meio de delegação estatal. É o que se conclui diante do estudo da estrutura regulatória notarial, cuja fiscalização é diretamente realizada pelo Poder Judiciário, sob a regência do art. 236 da Constituição Federal brasileira de 1988 e regulamento especializado na Lei nº 8.935/94. Assim, perante a natureza da atividade extrajudicial de salvaguardar os interesses das partes, por meio da técnica jurídica redacional e de aconselhamento do tabelião, bem como do fato de se tratar de atividade que não comporta a livre concorrência ou objetivo de lucro, base da atividade mercantil, não se verifica aptidão para criar a figura do vulnerável consumidor. A pesquisa adotou o método dedutivo, com natureza qualitativa e, por técnica, a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Inadequação; Consumidor; Serviço notarial; Lei nº 8.935/94.

ABSTRACT

The insertion of the notary service among the relationships considered consumerist appears inadequate given the analysis of the principle and purpose of the activity that is carried out privately by the natural person of the legal professional, providing the public service through state delegation. This is what can be concluded from the study of the notary regulatory structure, whose supervision is directly carried out by the Judiciary, under the rule of art. 236 of the

¹Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Vice- coordenador e Professor Permanente do Programa de Mestrado em Constitucionalismo e Direitos da Amazônia da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professor Adjunto da Graduação da Faculdade de Direito da UFAM. Email: ralojuliano@gmail.com.

² Doutora em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazona – UEA (2019). Especialista em Direito Notarial e Registral; Direito Civil; Direito Civil, Negocial e Imobiliário; Direito Imobiliário; Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Ambiental; Direito Empresarial, Direito Tributário; Direito Penal e Direito Processual Civil. Oficial de Registros Públicos em Floriano/PI. E-mail: carlathomas7@yahoo.com.br.

Brazilian Federal Constitution of 1988 and specialized regulation in Law nº 8.935/94. Thus, given the nature of the extrajudicial activity of safeguarding the interests of the parties, through the legal writing technique and advice from the notary, as well as the fact that it is an activity that does not involve free competition or profit objectives, the basis of the activity mercantile, there is no ability to create the figure of the vulnerable consumer. The research adopted the deductive method, with a qualitative nature and, as a technique, a bibliographic review.

Keywords: Inadequacy; Consumer; Notarial service; Law nº 8.935/94.

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais - 2. Da natureza jurídica do serviço extrajudicial no Brasil - 2.1. Da modalidade de serviço notarial - 2.2. Do profissional prestador do serviço notarial - 2.3. Dos princípios e da finalidade do serviço notarial - 3. Da percepção dos emolumentos pelo notário - 3.1. Da concepção de emolumentos - 3.2. Do direito à percepção de emolumentos - 3.3. Da remuneração do notário - 4. Da ausência de pressupostos da relação de consumo em face à natureza, às normas e aos princípios notariais - 4.1. Da inaplicabilidade da livre concorrência - 4.2. Da inaplicabilidade do objetivo de lucro - 4.3. Da inexistência de relação de vulnerabilidade entre o usuário e o notário - 5. Considerações finais - Referências.

INTRODUÇÃO

O tema proposto envolve o estudo acerca da inadequação das disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) à prestação do serviço público notarial e, para tanto, perpassa à análise de sua origem, seus pressupostos e alguns conceitos peculiares à atividade notarial, fundamentada na Constituição Federal (art. 236) e na Lei nº 8.935/94, de modo que se possa averiguar se há ou não a sua submissão às regras consumeristas.

Deste modo, primeiramente buscar-se-á identificar qual a natureza jurídica do serviço extrajudicial no Brasil, a fim de compreender o que é o serviço público notarial e quem é o prestador deste serviço, bem como de que maneira este é prestado, além de observar qual a sua finalidade e os seus princípios norteadores.

Em um segundo momento, a pesquisa tem por objetivo conferir de que maneira o prestador do serviço obtém sua remuneração, uma vez que, segundo entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, os emolumentos recebidos pelo tabelião têm natureza de tributo na modalidade de taxa.

E, por último, pretende-se apurar se estão presentes os pressupostos da livre concorrência e do objetivo de lucro que marcam a relação de consumo existente no livre mercado e que, em certa medida, justificam a sua especial proteção no CDC, em paralelo a traçar com sua natureza jurídica, finalidade e princípios dos serviços notariais.

A presente pesquisa justifica-se diante das inúmeras demandas judiciais que diuturnamente são protocoladas e são objeto de ilegitimidade passiva por desconhecimento dos peticionantes quanto às especiais peculiaridades do serviço público notarial e da responsabilidade decorrente.

Por fim, no desenvolvimento deste estudo, adotou-se o método dedutivo e, quanto à sua natureza, fora classificada como qualitativa com a utilização da técnica de revisão bibliográfica baseada em doutrina, legislação e jurisprudência.

1 DA NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO EXTRAJUDICIAL NO BRASIL

O sistema notarial brasileiro origina-se do notariado latino com raízes romano-germânicas, fundamentado em normas codificadas que caracterizam o sistema do *civil law* no qual se desenvolveu. Estima-se que mais de 80 países se beneficiam desta organização profissional³ na promoção de atos e negócios jurídicos hígidos, revestidos de segurança, autenticidade, publicidade e eficiência.

No Brasil, o serviço notarial é uma das modalidades do denominado serviço do foro extrajudicial, designativo utilizado para identificar as atividades profissionais regulamentadas na Lei nº 8.935/94, incumbidas de realizar em caráter privado a função pública extrajudicial, cujo exercício é delegado ao particular, pessoa natural, dotado de técnica jurídico-administrativa, cuja competência é comprovada pela prévia habilitação mediante aprovação em concurso público de provas e títulos.

Esta concepção decorre da norma constitucional vigente disposta no artigo 236 da Constituição Federal que assim disciplina:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

³ Conforme noticiado pela Unión Internacional del Notariado. Disponível em: <<https://www.uinl.org/noticias?>>>. Acesso em 01 maio 2023.

A Constituição Cidadã de 1988 estabeleceu princípios norteadores à administração pública, pautados na imparcialidade, legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o que impingiu a adoção de um critério democrático do acesso ao exercício da prestação do serviço extrajudicial e obrigou no art. 236 o legislador infraconstitucional a estabelecer o seu regulamento com regras de ingresso, responsabilidade civil e criminal, além de normas para a fixação dos emolumentos.

Portanto, a norma constitucional brasileira trata o serviço do chamado foro extrajudicial como função pública cujo exercício em caráter privado é delegado à pessoa natural do profissional do direito, bacharel, com competência técnica jurídica e administrativa, dotado de fé pública, conforme adiante analisado.

1.1 DA MODALIDADE DO SERVIÇO NOTARIAL

A Lei nº 8.935/94, denominada Lei dos Notários e dos Registradores, que disciplinou o art. 236 da Constituição de 1988 dispôs que: “Art. 1º *Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos*”.

Conforme o conceito legal acima, além de um serviço eminentemente de natureza pública, o serviço notarial caracteriza-se como função pública de organização técnica e administrativa, com especial finalidade de assegurar publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Esta concepção reflete a ideia de função notarial adotada pela União Internacional do Notariado Latino – UINL, organização internacional que congrega o notariado de origem latina:

*La función notarial es una función pública, por lo que el Notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado. La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia.*⁴

⁴ Unión Internacional del Notariado. *Principios fundamentales del sistema de notariado de tipo latino*. Disponível em: <<https://www.uinl.org/principio-fundamentales>> Acesso em: 01 maio 2023.

Significa dizer que o serviço notarial realiza uma função pública por meio da pessoa natural do notário que possui competência estatal e não se confunde com servidor público, e, sim, trata-se de um agente público delegado em colaboração com o Estado.

No mesmo sentido, o serviço notarial pode ser entendido como “*a atividade de agente público, autorizado por lei, de redigir, formalizar e autenticar, com fé pública, instrumentos que consubstanciam atos jurídicos extrajudiciais de interesse dos solicitantes.*”⁵

Desta forma, o serviço notarial traduz-se na função pública desempenhada pelo profissional do direito que atua com sua técnica jurídica e administrativa para garantir que os atos e negócios jurídicos formalizados entre as partes revistam-se de autenticidade, segurança jurídica e publicidade, qualificados com especial confiança traduzida na fé pública da qual são revestidos pelo poder delegante do Estado.

1.2 DO PROFISSIONAL PRESTADOR DO SERVIÇO NOTARIAL

De acordo com a Constituição de 1988, o prestador dos serviços notariais é a pessoa natural do profissional do direito que foi previamente habilitado em concurso público de provas e títulos. Trata-se de um operador do direito que desenvolve sua atividade profissional por meio de técnica jurídico-administrativa, previamente comprovada pela submissão e aprovação em cinco fases de certame público, especialmente regulado pela Resolução nº 80 do Conselho Nacional de Justiça.

Apesar de comumente confundido por pessoas alheias ao mundo jurídico, e até mesmo por operadores do direito, como um serviço supostamente prestado por pessoa jurídica – o chamado “Cartório” –, a prestação do serviço notarial é realizada por um profissional do direito que é a pessoa natural devidamente habilitada⁶ a exercer a atividade e a prestar pessoalmente o serviço.

Tal percepção equivocada de se tratar de um serviço realizado por pessoa jurídica advém em grande parte pelo uso coloquial do termo “Cartório” que traz a ideia de uma pessoa

⁵ CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei nº 8.935/94)*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22.

⁶ Nesse sentido, o entendimento do STJ: “Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais não detêm personalidade jurídica, de modo que quem responde pelos atos decorrentes dos serviços notariais é o titular do cartório. Logo, o tabelionato não possui legitimidade para figurar como polo ativo da presente demanda repetitória tributária. Agravo regimental improvido” (AgRg no REsp 1.468.987/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11/03/2015); AgRg no REsp 1.462.169/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 4/12/2014; AgRg no REsp 624.975/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 11/11/2010).

jurídica. O equívoco possivelmente tem origem nos tempos passados em que o serviço era estatizado e acumulado com os antigos “Cartórios de Varas Judiciais”, os quais permaneceram como designativo de órgãos do Poder Judiciário, desde 1988, com competência exclusiva judicial sem mais acumular as atribuições extrajudiciais.

Outro fator que tende a contribuir para uma certa confusão generalizada⁷ é o fato da Instrução Normativa 2219/22 da Receita Federal do Brasil prever a inscrição dos serviços notariais no cadastro nacional de pessoas jurídicas, pois tal serve a propósitos de utilidade prática de comunicação entre o serviço notarial e a unidade de fiscalização. Por exemplo, o envio da Declaração de Operações Imobiliárias – DOI que se trata de obrigação tributária acessória imposta ao Tabelião de periodicamente informar ao fisco todos os negócios jurídicos que lavrar em escritura envolvendo a transmissão de imóvel.

Assim, apesar da normativa infralegal estabelecer a obrigatoriedade do cadastro do serviço notarial no CNPJ, esta não se sobrepuja aos ditames constitucionais e legais que dispõem sobre a delegação extrajudicial e seu exercício privado por pessoa natural em regime de responsabilidade pessoal, consoante é o entendimento do STF⁸.

Nesse sentido, encontra-se o disposto na Constituição de 1988 “Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público” regulamentado pela Lei 8.935/94 que dispõe: “Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”, a confirmar que a prestação do serviço é exercida em caráter privado por delegação à pessoa física.

Segundo a União Internacional do Notariado Latino – UINL, tem-se que o notário: “es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para

⁷ O CNPJ para tabeliães e registradores, conforme aduz Igor Emanuel da Silva Gomes, “[...] só tem uma função: o preenchimento da Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI) – art. 8º da Lei 10.426/2002 e Instrução Normativa RFB 1.112/2010, e eventuais outras obrigações acessórias perante o Conselho Nacional de Justiça. No mais, o CNPJ só se presta a causar confusão ao dar aparência de pessoa jurídica a alguém que é pessoa física. Isso, inclusive, causa reflexos em obrigações acessórias do ISS, pois alguns Municípios insistem em tentar enquadrar o oficial como tomador de serviço com o dever de fazer a retenção do ISS na fonte, obrigação própria das pessoas jurídicas”. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/blog/notarial/novo-tabeliao-registrador-novo-cnpj>>. Acesso em: 30 abr. 2023.

⁸ Conforme se extrai do julgado STF, RE 842846, Rel. Min Luiz Fux, j. em 27/02/2019: “[...] os serviços notariais e de registro, mercê de exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236, CF/88), não se submetem à disciplina que rege as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. É que esta alternativa interpretativa, além de inobservar a sistemática da aplicabilidade das normas constitucionais, contraria a literalidade do texto da Carta da República, conforme a dicção do art. 37, § 6º, que se refere a “pessoas jurídicas” prestadoras de serviços públicos, ao passo que notários e tabeliães respondem civilmente enquanto pessoas naturais delegatárias de serviço público, consoante disposto no art. 22 da Lei nº 8.935/94”.

conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios”.

A conceituação internacional do notário coaduna-se à norma nacional contida na Lei nº 8.935/94, regulamentadora da atividade notarial no Brasil, conforme se extrai especialmente do artigo 3º ao dispor que o “*Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro*”.

O acesso à delegação pública do serviço notarial, por sua vez, disposto no artigo 14 da Lei nº 8.935/94⁹, impõe que o exercício da atividade notarial e de registro depende, dentre outros requisitos, de: a) habilitação em concurso público de provas e títulos, nacionalidade brasileira, b) capacidade civil e c) diploma de bacharel em direito.

A pessoa natural, delegatária do serviço notarial, tem responsabilidade civil subjetiva, por dolo ou culpa, em razão de eventuais danos que venha a causar no exercício da atividade, seja por atos praticados pessoalmente ou por meio de seus prepostos no exercício da função. Por sua vez, o notário detém o direito à regressão contra o preposto¹⁰, conforme previsto no artigo 22 da Lei nº 8.935/94.

E, ainda, a pessoa natural, delegatária do serviço notarial, responde criminalmente por seus próprios atos, assim como seus prepostos respondem criminalmente pelos atos que praticam¹¹, todos equiparados no âmbito penal ao servidor público, considerando a natureza pública do serviço notarial que prestam.

Deste modo, o exercício da prestação do serviço notarial é realizado em caráter privado, pela pessoa física do profissional de direito, previamente habilitado em concurso público de provas e títulos, com autogestão do profissional jurídico, o qual pode livremente contratar tantos quantos prepostos necessite para o bom desempenho de sua função, dentro das possibilidades econômico-financeiras da serventia, consoante prevê o art. 20 da Lei nº

⁹ “Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: I - habilitação em concurso público de provas e títulos; II - nacionalidade brasileira; III - capacidade civil; IV - quitação com as obrigações eleitorais e militares; V - diploma de bacharel em direito; VI - verificação de conduta condigna para o exercício da profissão”.

¹⁰ “Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso”.

¹¹ “Art. 24. A responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública.”

8.935/94¹², além de gozar de independência no exercício das suas atribuições, conforme art. 28 também da Lei nº 8.935/94¹³.

Por outro lado, tal não afasta o dever do profissional de prestar o serviço de modo eficiente e adequado, conforme estabelecido no art. 4º da Lei nº 8.935/94 e com observância aos preceitos legais e normativos de acordo com o determinado no art. 30 da mesma legislação.

É preciso, ainda, indagar-se: Quanto aos necessários recursos financeiros a compor renda suficiente à realização da prestação do serviço público em regime de caráter privado, de modo que o notário possa fazer frente às despesas com estrutura física, equipamentos, mobiliários, tecnologia e pessoal, além da sua própria remuneração pelo serviço que presta como profissional do direito, como se realiza? Para responder a essa indagação no tópico dois será analisada a forma de remuneração do notário.

1.3 DOS PRINCÍPIOS E DA FINALIDADE DO SERVIÇO NOTARIAL

Da Lei nº 8.935/94, retira-se que o serviço notarial se destina a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos¹⁴.

Deste modo o notário atua para que os atos e negócios jurídicos que as partes queiram ou devam conferir forma legal para obter a eficácia jurídica sejam realizados mediante sua orientação e esclarecimentos jurídicos, a fim de que aqueles que buscam o serviço pactuem atos hígidos revestidos de publicidade, autenticidade e segurança jurídica, com a redução de riscos, ou, ao menos, com o conhecimento destes pelas partes.

No que se refere aos princípios que regem a atividade notarial, tem-se que o notário presta o serviço pautado por alguns princípios, inclusive justificadores da sua existência, dentre os mais importantes extraem-se aqueles que se vinculam com a abordagem na presente temática, a saber: princípio da cautelaridade, princípio da imparcialidade, princípio da rogação e princípio da tecnicidade.

O princípio da cautelaridade insta o notário agir de forma a precaver as partes sobre eventuais riscos do negócio que visam instrumentalizar em notas públicas, a fim de esclarecer juridicamente aos partícipes quanto à possibilidade de futuro litígio proveniente do negócio, de

¹² “Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho”.

¹³ “Art. 28. Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições [...]”.

¹⁴ “Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

modo que as partes sejam participadas sobre eventual risco que possa decorrer do negócio e decidam, com clareza, acerca da sua realização ou não¹⁵.

O princípio da imparcialidade conduz o notário a atuar da forma mais isenta possível, de modo a auxiliar e a orientar ambas as partes de um negócio, não se lhe faculta agir de modo a beneficiar uma das partes, mas sim prestar todos os esclarecimentos jurídicos que lhe competem a todos os partícipes, para que devidamente esclarecidos possam decidir sobre a realização ou não do negócio¹⁶.

O princípio da rogação ou instância indica ao notário atuar somente mediante a provocação das partes interessadas, não se lhe é facultado agir de ofício na prática dos atos notariais, do que decorre que o notário não pode propagandear seu serviço para chamar o público, mas sim, aguardar que os interessados lhe procurem, por livre escolha, pautada primordialmente na confiança que depositam as partes no notário eleito¹⁷.

Por fim, o princípio da tecnicidade informa ao notário em relação à incumbência que se lhe atribui quanto ao conhecimento jurídico para a prática dos atos notariais, a fim de que possa orientar as partes sobre os institutos jurídicos e a forma de sua realização, com vistas a evitar a prática de atos nulos ou anuláveis por falta de conhecimento jurídico das partes envolvidas no negócio a ser formalizado, de modo a suprir-lhes tal deficiência e conferir segurança no ato a praticar¹⁸.

2 DA PERCEPÇÃO DOS EMOLUMENTOS PELO NOTÁRIO

¹⁵ Para Rezende e Chaves o princípio também é denominado como da prevenção de litígios ou acautelamento e está “ligado de forma umbilical à noção de Justiça Notarial, acarreta a necessidade de um esforço cada vez maior, por parte do notário para exercer o seu ofício de forma segura e cautelosa, procurando prevenir, sempre que possível, por meio do bom desempenho dos atos de sua competência, o futuro litígio” (REZENDE, Afonso Celso F; CHAVES, Carlos Fernando Brasil. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 6ª Edição. Campinas: Millennium Editora, 2010, p. 34).

¹⁶ Neste sentido Loureiro afirma que o notário é um profissional independente e “deve exercer o papel de terceiro de confiança entre as partes e não pode lavrar ou legitimar atos que contenham disposições abusivas ou que, direta ou indiretamente, o beneficiem” (LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: teoria e prática*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 533).

¹⁷ Segundo Carvalho a “ação do registrador deve ser solicitada pela parte ou pela autoridade. É o que no Direito alemão se costuma chamar de princípio da instância, expressão adequada também no Direito brasileiro, por traduzir bem a necessidade de postulação do registro. Sem solicitação ou instância da parte ou da autoridade o registrador não pratica atos do seu ofício” (CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 269).

¹⁸ Brandelli explica que “a atuação notarial depende do conhecimento por parte do notário dos institutos jurídicos e dos modos de realização do direito, por meio de suas formas, fórmulas, conceitos e categorias. Deve o notário ser um profundo conhecedor dos meios de realização prática do direito, especialmente, o notarial” (BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 137).

Ao profissional do direito que recebe a delegação estatal para prestar o serviço público notarial são destinados os emolumentos como um direito à retribuição pelo trabalho realizado em caráter privado, mediante fixação em lei e cuja remuneração decorre da contabilização mensal à Receita Federal dos emolumentos percebidos, com a dedução das despesas e do custeio da prestação do serviço, na condição e qualidade de pessoa física. Nesse sentido, o constituinte dispôs no § 2º do artigo 236 que compete à Lei Federal estabelecer normas gerais para fixar emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

2.1 DA CONCEPÇÃO DOS EMOLUMENTOS NOTARIAIS

Emolumentos na atividade notarial não se confundem com:

[...] *preço*, pois sua determinação não se equilibra entre as variações da oferta e da procura, segundo critérios aplicados verticalmente pelo Poder Público e, assim, sem qualquer semelhança com as operações de livre mercado¹⁹.

Enquanto o preço é fixado pelo mercado, submetido à lei da procura e da oferta, os emolumentos seguem a lei estadual e possuem natureza tributária de taxa, consoante será abordado no decorrer do texto.

No campo legislativo, ainda, tem-se na Lei nº 8.935/94, na segunda parte do artigo 28, que os notários têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e no artigo 30 impõe como dever do notário afixar, em local visível, de fácil leitura e acesso ao público, as tabelas de emolumentos; além disso determina que o notário deve observar os emolumentos fixados em lei para a prática dos atos do seu ofício, dar recibo dos emolumentos percebidos e admitir pagamento dos emolumentos, das custas e das despesas por meio eletrônico, a critério do usuário, inclusive mediante parcelamento. Ainda, no artigo 31, considerou-se infração disciplinar a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, ainda que sob a alegação de urgência.

Somente em 2000 o ordenamento jurídico brasileiro inaugurou norma infraconstitucional a regular o § 2º do artigo 236 da Constituição de 1988, ao estabelecer doze anos após a regra constitucional, as normas gerais sobre os emolumentos notariais pela Lei nº 10.169 e dispôs em seu artigo 1º que compete aos Estado e ao Distrito Federal fixar por meio

¹⁹ CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei nº 8.935/94)*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 209.

de lei o valor dos emolumentos correspondentes aos atos praticados pelo serviço notarial e que o valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados.

Da norma, ainda, retira-se que os emolumentos devem corresponder ao efetivo custo do serviço notarial prestado, o que remete a um comando ao legislador estadual e distrital para que, ao criar a lei de emolumentos, observe que este deve ser suficiente para custear todas as despesas que envolvem a prestação do serviço notarial e a adequada e suficiente retribuição ao profissional do direito, o que se poderia traduzir em uma justa remuneração diante da exigência de específico conhecimento jurídico administrativo e das responsabilidades atribuídas ao exercício da atividade notarial.

Neste sentido, não se pode esquecer que um serviço exercido em caráter privado requer o aporte constante de recursos para despesas estruturais, nelas incluídas desde as instalações prediais até o mobiliário, equipamentos e sistemas operacionais, além de todos os custos com os insumos necessários à prestação do serviço, tais como o papel de segurança, a tinta para impressão e o material de escritório em geral, bem como demais despesas com a mão de obra e de pessoal que envolvem salários, férias, enfim todas as verbas trabalhistas e o devido treinamento, mediante contratação sob o regime da legislação trabalhista, consoante disciplina o artigo 20 da Lei nº 8.935/94.

O aprimoramento da atividade notarial e o avanço tecnológico exigem do notário investimentos permanentes, em especial para cumprir normas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça, tal como o fez com o Provimento nº 74/18 que ordenou a observância de padrões mínimos de tecnologia da informação para a segurança, integridade e disponibilidade de dados para a atuação do profissional do direito delegatário do serviço notarial.

Somado a tais dispêndios exigidos do notário, os emolumentos ainda devem corresponder à remuneração do profissional do direito, prestador do serviço, uma vez que este atua em caráter privado, por delegação do Estado, pois diferentemente daqueles que exercem cargos públicos, como ocorre com os juízes e promotores, o tabelião de notas ou notário deve ser remunerado, porém por meio da percepção de emolumentos que recebem diretamente dos usuários tomadores dos seus serviços.

2.2 DO DIREITO À PERCEPÇÃO DE EMOLUMENTOS

É direito do notário a percepção dos emolumentos integrais, conforme dispõe a Lei nº 8.935/94: “Art. 28. Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício

de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei”.

Desse modo, o legislador assegurou como um direito do notário a percepção dos emolumentos integrais e, consoante visto no item anterior, os emolumentos são devidos aos notários como retribuição do usuário pelo serviço que lhe foi prestado pelo profissional do direito, a fim de custear a atividade e proporcionar a justa remuneração pelo trabalho realizado, com a natureza tributária de taxa, uma vez que o valor a ser pago pelo tomador do serviço é inegociável, vinculado à lei estadual de emolumentos.

2.3 DA REMUNERAÇÃO DO NOTÁRIO

A remuneração do notário advém da percepção dos emolumentos integrais, e, sua apuração ocorre contabilmente, pelo livro diário auxiliar, escriturado pelo delegatário, regulado pelo Provimento nº 45/15 e Provimento nº 149/23 do Conselho Nacional de Justiça e, no mês subsequente lança em carnê mensal a sua declaração de remuneração à Receita Federal do Brasil, com o lançamento das receitas e despesas para aferir a incidência da alíquota do imposto de renda da pessoa física.

Assim, os emolumentos não se constituem em remuneração do tabelião ou notário, pois deste o profissional deve extrair todo o custeio para prover o desempenho da sua atividade laboral, e, somente após fazer frente às despesas e investimentos necessários à prestação do serviço, extrairá o resultado por seu trabalho, o que a depender da gestão e da rentabilidade do serviço será ou não positivo, capaz de conferir uma remuneração adequada, justa e suficiente.

Não se tem notícia acerca da adequação e suficiência da remuneração dos tabeliões ou notários, apesar da exigência de informar ao sistema Justiça Aberta do Conselho Nacional de Justiça, semestralmente, os valores arrecadados por cada serventia, não há um mínimo de valor ao tabelião ou notário que seja assegurado mensalmente pelo trabalho prestado, o que por vezes pode desestimular àqueles que se dedicam à profissão.

Por fim, vale lembrar que a natureza jurídica dos emolumentos já foi definida e reconhecida por decisão do Supremo Tribunal Federal como sendo tributária²⁰, na modalidade de taxa de serviço (STF, ADI 1.530-BA, RTJ 169/32).

²⁰ “A jurisprudência do Supremo tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se (...) ao regime jurídico constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras,

3 DA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO DIANTE DA NATUREZA, NORMAS E PRINCÍPIOS NOTARIAIS

O tabelião de notas ou notário consoante visto nos itens anteriores presta um serviço público e, embora exerça a função pública em caráter privado, atua como profissional do direito, submetendo-se às normas de direito administrativo no que se refere as suas relações com os tomadores dos serviços, uma vez que faz as vezes do Estado, pelo qual é revestido de fé pública para prestar sua atividade, fiscalizado diretamente pelo Poder Judiciário e submetido ao princípio da legalidade administrativa, ou seja, pode fazer apenas e estritamente os atos que a lei expressamente o autoriza.

A atividade notarial é regulada por normas, especialmente pela Lei nº 8.935/94, a qual discorre quais os atos especificamente podem ser praticados pelos notários:

Art. 6º Aos notários compete: I - formalizar juridicamente a vontade das partes; II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; III - autenticar fatos.

Art. 7º Aos tabeliões de notas compete com exclusividade: I - lavrar escrituras e procurações, públicas; II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; III - lavrar atas notariais; IV - reconhecer firmas; V - autenticar cópias.

Além disso, tanto no âmbito nacional quanto no estadual, o Poder Judiciário, incumbido da fiscalização dos serviços, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça, dos Tribunais Estaduais de Justiça e suas Corregedorias, normatizam e regulam a atividade notarial minudenciando os procedimentos do profissional, por meio de Resoluções e Provimentos, aos quais submetem os serviços notariais.

as garantias essenciais da reserva de competência impositiva, da legalidade, da isonomia e da anterioridade. A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada “em caráter privado”, por delegação do poder público” (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas “a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos” (Lei nº 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos (STF – ADIN 1.378-5 – Espírito Santo - Rel. Min. Celso de Mello – DJ 30.05.1997). Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo73.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2023.

Não há, assim, margem à discricionariedade ou liberdade de atuação do notário, uma vez que se submete aos auspícios da norma, pois esta é a essência da sua própria existência, isto é, servir aos propósitos da segurança jurídica que o Estado oferece pela prestação dos seus serviços previamente delimitados na lei.

Desta forma, o profissional técnico jurídico zela pela conformidade com as normas na prática dos atos e negócios jurídicos pelas partes interessadas. Pensar o contrário, portanto, seria negar a razão de existir e a própria finalidade.

3.1 DA INAPLICABILIDADE DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Caracteriza-se a atividade notarial como um serviço público submetido ao princípio da legalidade administrativa e tendo como cerne a formalização jurídica de atos e negócios jurídicos, conforme a vontade das partes, os tabeliães prestam-se, com fé pública e imparcialidade, a redigir e a documentar tecnicamente esse fluxo de atos e fatos jurídicos para preservar a sua perpetuação no seio social, a fim de, por meio deste trabalho, oferecer segurança jurídica nas relações entre os indivíduos que convivem em sociedade.

Serve o tabelião ou notário a prestar assessoramento, aconselhamento e orientação notarial para todos aqueles que dele necessitarem, sem qualquer previsão de custeio deste seu múnus público. Após, devidamente assistidos, colhe, o tabelião ou notário, a vontade das partes, e, reduz a manifestação a termo em seus livros notariais para a sua perpetuação.

O Estado presta o serviço de forma delegada, isto é, indiretamente, por intermédio dos tabeliães de notas e, por isso mesmo, é o seu fiscal, por meio do Poder Judiciário, consoante disposto no art. 236 da Constituição Federal e art. 37 da Lei nº 8.935/94²¹.

Aos tabeliães não é conferido o direito da “livre concorrência”, regra máxima do mercado de consumo marcado pelas figuras dos fornecedores/prestadores e dos consumidores.

Na livre concorrência de mercado de consumo, o prestador do serviço tem a liberdade de ofertar seu serviço pelo “preço” que quiser e lhe aprouver estipular, e, normalmente levam-se em conta diversos fatores para o fazer, com vistas a se adequar ao mercado, o consumidor nesse caso pergunta “quanto custa o serviço” e, com isso, pode barganhar o melhor preço.

²¹ Art. 37. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos.

A esse respeito, Brandelli enfatiza, fundamentado em lições de Adam Smith, que a economia na sociedade “*deve ser encontrada nas leis de mercado, na interação do interesse individual e na concorrência, uma vez que o empresário se vê obrigado pelas forças da concorrência a vender suas mercadorias a um preço próximo do custo de produção [...]*”²²

De outro lado, com lógica totalmente diferente, no serviço notarial o valor cobrado é fixado previamente por lei estadual e traduz-se em tributo na natureza de taxa, o que retira do tabelião e do usuário do serviço a possibilidade de negociarem o “preço” pago pelo serviço, uma vez que o valor exigido é contribuição e não “preço, de modo que se descaracteriza um dos aspectos vitais de uma relação mercantil a ensejar a proteção consumerista abarcada pelo microssistema do CDC.

Depõe ainda contra a inclusão da atividade notarial dentre aquelas tidas consumeristas o fato de o tabelião ficar adstrito a atuar somente dentro dos limites do município para o qual recebeu a delegação, enquanto numa atividade empresarial e comercial há plena liberdade de atuação, sem qualquer limitação territorial²³, uma vez que nesta vige a lógica do lucro a incentivar a busca por novos mercados.

3.2 DA INAPLICABILIDADE DO OBJETIVO DE LUCRO

Nas relações do mercado consumerista, acentua-se a finalidade da busca do “lucro” pelo prestador do serviço que emprega toda a sua capacidade para obter um resultado que vai além da realização do serviço e de uma justa remuneração. O prestador de serviços que atua no mercado consumidor tem por objetivo a obtenção do lucro, o que aumenta quanto maior for a sua organização, especialmente ao atuar sob forma de pessoa jurídica.

Por sua vez, o tabelião de notas não visa ao “lucro”, pois como profissional do direito tem a atuação regrada pelo direito administrativo e princípio da legalidade restrita, não se lhe assiste a regra basilar da livre concorrência que o permitiria atuar no mercado de forma a oferecer seu serviço de acordo com a lei da procura e da oferta de molde a visar ao lucro, tampouco lhe é franqueado criar pessoa jurídica para desenvolver sua atividade profissional.

Assim, o que este profissional, na qualidade de pessoa natural, busca é obter uma justa remuneração pelo trabalho prestado, correspondente ao equivalente grau de exigência de

²² BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 169.

²³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: teoria e prática. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 528.

conhecimento técnico e da responsabilidade que sobre si recai por sua atuação diretamente aferida pelos órgãos do Poder Judiciário incumbidos de fiscalizar o serviço notarial.

3.3 DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE VULNERABILIDADE ENTRE O USUÁRIO E O NOTÁRIO

A ideia de um microssistema protetivo do consumidor que se envolve em relações de consumo advém, em muito, da sistemática da livre concorrência, vigente no mercado, e da busca pela obtenção do lucro que impulsionam a atividade mercantil, pois tais características, por vezes, tornam o consumidor num meio para obter o desejado “lucro”.

Contudo, ao analisar o serviço notarial, com todas as suas peculiaridades, desde o ingresso do profissional na atividade por meio de concurso público, passando pela fiscalização direta pelo Poder Judiciário e diante do múnus público de promover a prevenção de litígios mediante a orientação notarial que é prestada totalmente gratuita, observa-se que este tem uma lógica totalmente diferenciada daqueles serviços submetidos à relação de consumo protegida por legislação consumerista.

Por certo, o notário como profissional técnico jurídico é livremente eleito pelo usuário do serviço, sem qualquer influência de propaganda ou oferta de melhor preço, ou seja, diferente do que ocorre na prática usual daqueles profissionais submetidos ao mercado que buscam captar clientes.

No serviço notarial os usuários detêm a liberdade de escolha do profissional notarial baseada unicamente em critério de confiança ou melhor atendimento, pois não cabe ao usuário barganhar menor preço ou outra vantagem para eleger seu tabelião, uma vez que o valor da retribuição pelo serviço tem natureza tributária de taxa e não de preço e, assim, não se submete às regras mercantis que facultam ofertar um menor preço para atrair clientes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro item tratou-se acerca da natureza do serviço notarial e, por um lado, observou-se que possui natureza de serviço público enquanto, por outro lado, verificou-se que o exercício é realizado de forma privada pela pessoa natural, com técnica comprovada por ingresso mediante concurso público específico, profissional do direito, a quem o Estado outorga a delegação do serviço extrajudicial, com fiscalização direta pelo Poder Judiciário, conforme art. 236 da Constituição e Lei nº 8.935/94.

Ainda, em relação à natureza jurídica do serviço notarial, notabilizou-se que o profissional no exercício da atividade notarial guiar-se-á pela finalidade do serviço que se subsume em garantir a autenticidade, publicidade, eficácia e segurança jurídica aos atos e negócios formalizados perante o notário que as perpetua em suas notas públicas.

Além disso, cabe ao notário pautar-se em princípios, dentre os quais se destacaram: a) da “cautelaridade” que indica um agir de forma preventiva a minimizar o risco de litígio em decorrência de negócio por si instrumentalizados; b) da “imparcialidade” que submete ao agir da forma mais isenta possível para auxiliar a todos os partícipes do ato que formaliza juridicamente; c) da “instância ou rogação” que se traduz em agir quando provocado sem lhe franquear oferecer seu serviço com propaganda ou vantagem; e, por fim, d) da “tecnicidade” correspondente ao domínio da técnica jurídica pelo notário à devida orientação jurídica à prática de atos notariais.

No segundo item, acerca da remuneração do profissional que presta o serviço notarial, verificou-se que ocorre por meio de emolumentos, cuja natureza jurídica é de tributo na modalidade de taxa, consoante entendimento pacífico no STF. Afastou-se, assim, a ideia de negociação existente na lógica de mercado, com a restrição do notário à percepção de emolumentos fixados em lei, dos quais deve subtrair todas as despesas do serviço e os tributos devidos e, após, retirar a remuneração profissional pessoal.

Quanto ao terceiro item, extrai-se que os dois pressupostos que marcam a relação de consumo de modo a justificar a especial proteção pelo CDC e que geram a relação de vulnerabilidade são, notadamente, a livre concorrência e o objetivo de percepção de lucro.

Pôde-se conferir que no serviço notarial o notário, como profissional do direito, não atua em um mercado, diferentemente das atividades empresariais e comerciais, tampouco tem por objetivo a percepção de lucro, pois o notário age dentro de limites legais de competência e percebe, em contraprestação ao serviço prestado, os emolumentos fixados em lei, estes de natureza tributária na modalidade de taxa, sem qualquer margem à negociação, a qual marca o livre mercado e a busca pelo lucro nas atividades tidas mercantis de consumo.

Assim, não se identificou no presente estudo traços de mercantilismo capazes de justificar ou ensejar a existência e proteção de uma parte vulnerável na relação prestacional entre o notário e o tomador do serviço público.

Ademais, viu-se que o notário é escolhido pelo indivíduo pelo critério da confiança e a sua atuação profissional ocorre de forma imparcial, técnica, cautelar e mediante provocação das partes, bem como não se lhe permite nem compete agir em livre concorrência como ocorre nas atividades comerciais ou empresárias, tampouco desenvolve atividade que visa ao lucro,

mas sim busca uma justa remuneração que deve advir dos emolumentos fixados em lei, com natureza tributária e não negociável, compatível e proporcional à responsabilidade civil que sobre si recai.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei nº 8.935/94)**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 31 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm> Acesso em: 31 mai. 2022.

GOMES, Igor Emanuel da Silva. **Novo tabelião/registrador – novo CNPJ?** Disponível em: <[http://www.notariado.org.br/blog/notarial/novo-tabeliaoregis trador-novo-cnpj](http://www.notariado.org.br/blog/notarial/novo-tabeliaoregis%20trador-novo-cnpj)>. Acesso em: 30 abr. 2023.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

REZENDE, Afonso Celso F; CHAVES, Carlos Fernando Brasil. **Tabelionato de notas e o notário perfeito**. 6ª ed. Campinas: Millennium Editora, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 1.378-5 - Espírito Santo - Rel. Min. Celso de Mello – DJ 30.05.1997. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo73.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2023.

UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. Disponível em: <<https://www.uinl.org/noticias?>>>. Acesso em 01 maio 2023.

_____. **Principios fundamentales del sistema de notariado de tipo latino**. Disponível em: <<https://www.uinl.org/principio-fundamentales>>. Acesso em: 01 maio 2023.

A PROBLEMÁTICA DO CONSUMO DE CRÉDITO NO BRASIL

Áurea Lisboa

RESUMO

A Lei nº 14.181 busca equilibrar as relações de consumo, especialmente no âmbito da concessão de crédito, obrigando que as instituições financeiras informem de maneira clara os custos envolvidos nas operações de crédito, prevenindo o endividamento inconsciente. Além disso, proíbe a oferta de crédito sem a devida avaliação da capacidade de pagamento do consumidor. A renegociação prevista no CDC não pode ser acolhida como uma faculdade para o fornecedor, mas como uma obrigação. A aludida lei também introduz mecanismos judiciais e extrajudiciais de repactuação de dívidas para consumidores superendividados, permitindo a renegociação de seus débitos sem comprometer sua subsistência, por meio do conceito de "mínimo existencial". Neste particular, não seria razoável se exigir nenhum outro requisito que não fosse o comprometimento do mínimo existencial. Cumpre aduzir ainda que, a educação financeira é destacada como um pilar fundamental para a prevenção do superendividamento, sendo inafastável a sua inclusão de programas educacionais sobre o tema. A eficácia da lei dependerá da sua implementação prática e da conscientização dos consumidores e credores que deverão compartilhar suas responsabilidades na relação de consumo.

Palavras-chave: superendividamento; problemática; consumo; concessão de crédito; avaliação de risco; defeito prestação serviço; renegociação; mínimo existencial; consumo consciente; educação financeira.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.181, sancionada em 1º de julho de 2021, no Brasil, representa um marco vultuoso no fortalecimento da proteção ao consumidor no que diz respeito à prevenção e ao tratamento do superendividamento. Essa legislação, também conhecida como a "Lei do Superendividamento", modifica o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Estatuto do Idoso, trazendo inovações relevantes que visam garantir maior equilíbrio nas relações de consumo, especialmente no contexto da concessão de crédito. O superendividamento, entendido como a incapacidade de o consumidor honrar suas dívidas sem comprometer o mínimo necessário para a sua subsistência e a de sua família, tornou-se um problema crescente no Brasil, agravado pela facilidade de acesso ao crédito e pelo aumento do consumo desenfreado, frequentemente incentivado por práticas agressivas de marketing.

Necessário aclarar que a economia brasileira passou por um momento de euforia após a implantação do Plano Real, pois os salários ganharam mais poder de compra e a inflação

estava baixíssima. Diante de tal quadro, os consumidores podiam comprar os bens dos seus sonhos e fazer viagens pelo mundo recorrendo aos financiamentos. Logo, as dívidas passaram a ser um problema social que afetou todas as classes sociais no Brasil, desde a classe A até E. Muitos consumidores alegavam que embora já tivessem o suficiente para o dia a dia, sentiam-se bombardeados por ofertas excessivas de crédito lançadas pelas instituições de crédito.

De início, cumpre fazer um parêntese, pois alguns bens têm como propósito a conservação de um standard de vida do homem médio, por isso, fala-se na indispensabilidade de certos itens, direitos ou quantias que resguardam aquele na vida cotidiana. Entretanto, diante da sedução do crédito fácil, não há como não ceder ante a necessidade de possuir bens supérfluos.

E por falar na Lei 14.181/21, ainda que a estrutura fundamental do CDC, antes da aludida lei buscasse guarida numa arquitetura principiológica arrimada nos princípios da vulnerabilidade, transparência, equidade contratual, confiança, boa-fé e educação, aquela era indispensável para tratar as especificidades e disciplinar milimetricamente o tratamento das situações de superendividamento.

É incontestável que as altas taxas de juros, deficiência de informações, gastos sem planificação, precária educação financeira e as excelentes ferramentas de marketing dos provedores de crédito levaram os consumidores ao endividamento excessivo.

De fato, não se pode negar que o crédito possibilita a realização imediata dos sonhos, deixando o pagamento para o futuro, por isso muitos extrapolam sua capacidade de consumo.

Por seu turno, o Estado tem o papel de ajudar a tratar a questão do superendividamento, já que o devedor muitas vezes não teve acesso à educação financeira, tampouco condições de manter o mínimo existencial.

A propósito, a Lei nº 14.181/2021 utiliza o conceito "mínimo existencial", que consiste na garantia de que o consumidor superendividado tenha preservada uma parte de sua renda destinada ao custeio de suas necessidades básicas, como alimentação, moradia, saúde e educação, antes de ser obrigado a destinar seus recursos ao pagamento de dívidas. A determinação do valor correspondente ao mínimo existencial deve ser feita com base em critérios objetivos, considerando o contexto socioeconômico do consumidor. Tal mecanismo visa impedir que o pagamento das dívidas comprometa a dignidade do consumidor, o que representa um dos principais problemas associados ao superendividamento. Ao reconhecer o direito ao mínimo existencial, a legislação estabelece um equilíbrio entre o direito dos credores

de receber seus créditos e a necessidade de proteger o consumidor em situações de vulnerabilidade financeira.

Aliás, quando se fala em pagamento o art. 54-A, 1, da Lei 14181/2021 faz referência ao comprometimento do mínimo existencial, o que é um erro, porque é um conceito muito variável de pessoa para pessoa. Em que pese, o valor já ter sido definido por normativa.

Entende-se como mínimo existencial, o conjunto mínimo de garantias que devem ser resguardadas, sem as quais as pessoas não conseguem sobreviver, de forma digna, logo aquele está arrimado na dignidade da pessoa humana.

Cumpra aduzir que o Direito não é uma ciência exata, por conseguinte atrelar a renegociação de uma dívida a um conceito variável é extremamente perigoso. Ora, os consumidores apesar de contarem com proteção normativa apresentam vulnerabilidade econômica, técnica e informacional.

O artigo 25 da Declaração da ONU de 1948, atribui a todas as pessoas o direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, bem-estar e de sua família, intimamente relacionados ao chamado mínimo existencial, associado a dignidade da pessoa humana. Art. 25:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Após a segunda guerra mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser tida como direito fundamental, na aludida declaração se assegurou um mínimo suficiente para a saúde e o bem-estar.

Na mesma lógica, a doutrina dos direitos fundamentais reconheceu um mínimo digno que são as condições necessárias para que o consumidor possua efetiva autonomia.

Indiretamente o termo mínimo existencial não tem dicção constitucional, porém apareceu na Constituição de 1946(artigo 15, §1º), de 1967(artigo 176, §3º, II), por último, na Carta Magna de 1988, ao longo do artigo 5º. Destarte o mínimo existencial exsurge como a parte que não se pode apartar da dignidade da pessoa humana.

Cumpra dizer que ele não é um princípio constitucional, porém encontra legitimidade nos princípios fundamentais do artigo 1º da Constituição Brasileira de 1988.

Segundo o autor Ricardo Lobo Torres:

Existe um direito a condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção estatal e que ainda requer benefícios estatais positivos. E o destacado mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Há que buscá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais de igualdade, devido processo legal y livre empresa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão (TORRES, 2009).

Afinal, sem o mínimo existencial não há condições de sobrevivência, aquele é uma espécie do núcleo da dignidade da pessoa humana. Aquele necessita ser efetivado pelo Estado, e em caso de omissão deste, o poder judicial deverá atuar.

Naquela mesma lógica, quando a Constituição menciona existência digna, não se refere apenas à liberdade, mas também ao mínimo sociocultural, oriunda dos indispensáveis recursos materiais.

Adicionalmente, ao ampliar o conceito de mínimo existencial para inclusão dos bens primários, estava se pensando nos seres humanos como cidadãos.

Ademais, o centro da preocupação com o mínimo existencial leva em conta que o consumidor tenha satisfeitas as condições de vida plenamente dignas.

Assim, além da satisfação das necessidades básicas materiais, deve-se garantir o desenvolvimento da pessoa como cidadã, incluindo o direito à educação, saúde, que deverá ser garantida pelo Estado. Logo, muitos doutrinadores ampliam o núcleo do mínimo existencial, para além das condições materiais básicas, incluindo o aspecto político que resguarda a cidadania.

Na verdade, a Carta Magna de 1988 não usa a expressão mínimo existencial, embora assegure a proteção da vida, direitos fundamentais, sociais e a dignidade da pessoa humana.

De acordo com o insigne Paulo Gilberto Cogo Leivas, a mais completa definição de mínimo existencial foi formulada por Corrina Treisch:

El mínimo existencial es la parte del consumo corriente de cada ser humano, sea niño o adulto, que es necesario para la conservación de una vida humana digna, lo que comprende la existencia de vida física, como la alimentación, vestuario, vivienda, asistencia de salud, etc (CLÈVE, 2006).

De forma resumida, pode-se dizer que o mínimo existencial é um valor fundamental constitucional, inclusive, quando foi elaborado o PL 284 (depois transformado em PL 315, e posteriormente Lei 14181/21) que tratava do superendividamento havia cinco menções a expressão mínimo existencial.

Visto o anterior, no projeto inicial foi definido o que seria mínimo existencial, não obstante em virtude do alto grau de proteção estendido ao consumidor, a proposta foi retirada, porque poderia dificultar a aprovação.

Noutro prisma, a nova lei estabelece mecanismos mais rigorosos para assegurar que o consumidor tenha acesso a informações claras e precisas no momento da contratação de crédito, bem como para protegê-lo de ofertas abusivas e inadequadas às suas condições financeiras. Uma das principais inovações trazidas pela Lei nº 14.181/2021 é a obrigatoriedade de que as instituições financeiras e fornecedores informem, de forma clara e ostensiva, todos os custos envolvidos em um contrato de crédito, incluindo taxas de juros, encargos e as consequências de eventuais atrasos no pagamento. Essa medida tem como objetivo prevenir o endividamento inconsciente, garantindo que o consumidor tenha plena ciência das suas obrigações antes de assumir qualquer compromisso financeiro. Além disso, a lei proíbe práticas que incentivem o superendividamento, como a oferta de crédito sem avaliação prévia da capacidade de pagamento do consumidor, um fator que antes contribuía para que muitas famílias se endividassem além de suas possibilidades.

Outro aspecto relevante no debate sobre a concessão de crédito e a responsabilidade das instituições financeiras é a questão da renegociação de dívidas. Quando o consumidor, por qualquer motivo, se encontra em uma situação de inadimplência, as instituições financeiras têm o dever de oferecer alternativas para a renegociação, permitindo que o devedor reorganize suas finanças e possa continuar honrando seus compromissos de maneira sustentável. A falta de opções de renegociação ou a imposição de condições extremamente desfavoráveis ao consumidor podem agravar o ciclo de endividamento, levando-o a uma situação de insolvência irreversível. A obra de Carlos Simões, “Inadimplência e Soluções para Renegociação de Dívidas” (2018), enfatiza que a renegociação deve ser pautada em condições justas e equilibradas, de forma a proteger o consumidor de práticas abusivas, como a imposição de taxas de juros exorbitantes ou cláusulas contratuais que dificultem a quitação do débito. Nesse sentido, a política de renegociação de dívidas deve ser vista como uma extensão do dever de responsabilidade das instituições financeiras, que devem atuar de forma ética e diligente para garantir que o consumidor possa superar a fase de inadimplência sem comprometer sua dignidade e qualidade de vida.

É indiscutível que o superendividamento leva a quebra, já que o consumidor não conseguirá ter uma reserva sequer para garantir o mínimo existencial. No Brasil, inúmeros órgãos de defesa do consumidor lançaram mão do processo extrajudicial nos Municípios,

Estados e Defensoria Pública empregando o tratamento amigável extrajudicial de renegociação de dívidas, na tentativa de solucionar as demandas de forma mais célere.

Dentre outros problemas, pode-se trazer a luz, a existência de pouca informação sobre a taxa de juros de várias modalidades de empréstimos, a possibilidade de pagar apenas o mínimo da fatura do cartão de crédito e zero alerta sobre os riscos de superendividamento.

De forma geral, todos os fatores elencados a seguir arrastam os consumidores ao superendividamento:

- a) Excesso de linhas de crédito
- b) Falta de informações claras
- c) Concessão de limites acima das possibilidades do consumidor
- d) Altas taxas de juros e inflexibilidade das instituições financeira

Enfim, a concessão de crédito e o superendividamento são estreitamente ligados. O superendividamento tem incontáveis aspectos entre eles, os jurídicos, económicos, políticos e sociais, quanto a este último, com proteção especial a dignidade da pessoa humana e proteção ao mínimo existencial.

Em virtude disso, o Estado deve atuar de forma positiva, gerando condições para que o cidadão disfrute dos direitos fundamentais descritos no artigo 6º da Carta Magna, especialmente o direito à educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. A origem deste conceito provém da Constituição e alcança o direito do consumidor.

Outro ponto central da Lei 14181 de 2021 é a criação de um procedimento judicial e extrajudicial de repactuação das dívidas, voltado para os consumidores superendividados. Esse procedimento permite que o consumidor, ao se ver incapaz de pagar suas dívidas, possa buscar o auxílio do Judiciário para renegociar seus débitos de maneira mais equilibrada, considerando sua capacidade de pagamento e preservando sua dignidade e subsistência. Trata-se de um processo semelhante à recuperação judicial das empresas, mas direcionado às pessoas físicas.

Em linhas gerais, a Lei 14.181/21 impôs maior rigor na publicidade da oferta de crédito e o dever ativo de informação, esclarecimento e avaliação do conhecimento da condição social e da capacidade de discernimento do consumidor (coparticipação de responsabilidades entre provedor e consumidor), assim como previu a figura de conciliação judicial.

A propósito, o juiz pode determinar a suspensão temporária de cobranças, execuções e outras medidas que possam comprometer o consumidor enquanto se busca uma solução negociada que contemple todos os credores. A ideia é permitir que o consumidor supere

a situação de superendividamento sem perder o acesso ao mercado de crédito, mas de forma mais sustentável e responsável. Imperioso, fazer um parêntese, para mencionar a decisão do IRDR, tema 9, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segundo a qual, não haverá a possibilidade de se arguir a obrigatoriedade de negociação em juízo sem antes submeter o consumidor a um procedimento de conciliação extrajudicial.

Esse ponto reforça o caráter humanitário da Lei 14.181/2021, ao reconhecer que o superendividamento não é apenas um problema econômico, mas também social, com repercussões profundas na vida familiar e no bem-estar do indivíduo.

Ninguém ignora que a satisfação das necessidades básicas é uma questão de justiça, pois todos os indivíduos desejam a satisfação de alguns requisitos prévios, necessários ao exercício da dignidade da pessoa humana.

Aliás, aquele deve ter em conta não somente a conduta do consumidor, pessoa física, quanto à análise da boa-fé, mas também o comportamento das instituições financeiras na concessão do crédito, de maneira a efetivá-la de forma responsável.

Para isso, conjuga-se o dever de informação, o princípio da boa-fé e o instituto do abuso de direito, que resulta na análise acerca das ações dos provedores de crédito, sobretudo o dever de avaliar a capacidade de reembolso do tomador através de consultas a lista de clientes de crédito etc. Amorim, Ione; Ayoub, Neide (2008). Estudo Sobre Crédito e Superendividamento dos Consumidores na América Latina. São Paulo: IDEC.

Não se pode negar que a instituição financeira ao conceder o crédito a quem não pode cumprir com as obrigações advindas, quando é latente e previsível o descumprimento contratual, ultrapassa os fins sociais da sua atividade econômica, mesmo que o contrato esteja aparentemente dentro dos limites e formas legais, o que caracteriza ato ilícito, conforme preceitua o artigo 187, do CC.

Resta claro que as instituições financeiras de crédito têm o dever de analisar a capacidade econômica do consumidor, a fim de não emprestar para quem se apresenta como insolvente, ou ainda ir além da capacidade financeira do devedor.

Dessa forma, as altas taxas de juros, insuficiência de informação, assédio dos provedores de crédito, através da oferta excessiva de crédito estão em rota de colisão com os deveres das instituições.

Portanto, as instituições financeiras devem pautar sua conduta no mercado financeiro, sob a égide do princípio da boa-fé e dever de informação, sob pena de sua conduta se chocar com o mundo social, jurídico e social.

Em suma, a negociação de dívidas é uma obrigação tanto para o devedor quanto para o credor. Para o devedor, é uma responsabilidade buscar soluções para pagar suas dívidas e resolver os problemas financeiros. Já para o credor, a negociação representa uma forma de recuperar os valores emprestados. Neste particular, este não deveria vê-la como uma faculdade, mas como uma obrigação.

Dessa maneira, se ocorre um defeito na avaliação de riscos, houve má prestação de serviços pela instituição financeira, o que envolve várias dimensões.

Ora, um defeito na prestação de serviços pelo banco pode causar perdas financeiras para o consumidor e levá-lo a assumir uma dívida que não tem condições de pagar, levando aquele a uma teia que poderá resultar no seu superendividamento.

É cediço que as instituições financeiras devem cumprir uma série de regulamentos e leis que visam proteger os interesses dos consumidores. Um defeito na prestação de serviços pelo banco pode resultar em violações regulatórias, o que pode carrear multas e outras penalidades.

É pacífico que, se um defeito na prestação de serviços é detectado, que cause prejuízos significativos ao consumidor, ele pode buscar reparação através de ações judiciais. Consequentemente resultará em custos legais para o provedor de crédito, além do risco de ser condenado a pagar indenizações aos devedores afetados.

Em vista disso, as instituições financeiras alegam que o defeito na prestação de serviços pode ser resultado de problemas internos em seus processos operacionais. Isso inclui desde falhas, nos sistemas de tecnologia da informação utilizados pelo banco, até a falta de treinamento adequado de seus funcionários. No entanto, tal falha poderá até provocar o superendividamento do consumidor.

Por conseguinte, na análise de risco da concessão de crédito, deve-se considerar o impacto financeiro para o devedor, a conformidade regulatória, ameaças de processos judiciais e o risco operacional. É importante que a instituição financeira adote medidas para mitigar esses pontos críticos, como a implementação de controles internos eficazes, a capacitação adequada dos funcionários, bem como considerar a negociação como uma obrigação, não uma faculdade.

Não se pode negar que uma quantidade expressiva de superendividados emergem do defeito na prestação de serviços do provedor de crédito. Logo, a nascente do problema reside na avaliação de risco antes da concessão do empréstimo.

Independentemente disso, é importante destacar que a negociação de dívidas não é um caminho fácil, pois envolve aspectos financeiros, jurídicos e sociais. O ideal é buscar auxílio de profissionais especializados nessa área, como advogados, contadores e consultores

financeiros, para facilitar o processo e garantir uma negociação justa e equilibrada para ambas as partes.

Desse modo, a concessão de crédito para habitação, assim como qualquer outro tipo de crédito, envolve uma avaliação de risco por parte da instituição financeira. Nessa análise, diversos aspectos são levados em consideração, como a capacidade de pagamento do devedor, histórico de crédito, garantias oferecidas, entre outros.

Diante de tal quadro, é importante ressaltar que a avaliação de risco não é infalível e pode apresentar falhas em determinados casos. Um defeito na prestação de serviço da instituição financeira pode ocorrer quando a análise de risco não é feita de maneira adequada, levando a concessão de crédito a indivíduos que não possuem capacidade de pagamento adequada.

Em vista disso, esse defeito na prestação de serviço pode acarretar consequências negativas tanto para o devedor quanto para a instituição financeira. Numa análise superficial, para o consumidor pode gerar endividamento excessivo e dificuldade para honrar com os pagamentos, podendo levar a inadimplência e restrição de crédito no futuro. Já para a instituição financeira, pode resultar em perdas financeiras e aumento na taxa de inadimplência. Nesse sentido, para evitar esse tipo de situação, é imprescindível que a instituição financeira aprimore seus controles internos quanto à análise de risco e esteja atenta às recomendações e regulamentações de seu próprio perfil financeiro, bem como capacidade de pagamento antes de contratar um crédito. Além disso, é importante que o devedor também faça uma análise criteriosa.

Conforme mencionado alhures, a avaliação de risco que antecede a concessão de crédito é essencial para garantia da segurança do serviço prestado. Na hipótese de ocorrência de falha nesta, todas as etapas posteriores ficam corrompidas. Destarte, ante tal falha na prestação do serviço, pode-se emergir o superendividamento do consumidor.

Ante a análise de tudo que foi trazido à baila, a concessão de empréstimo pode ser comparada a uma engrenagem intrincada, dada a complexidade de consequências que podem advir se não for observado um procedimento rigoroso. Nesse particular, não é aceitável o provedor de crédito, conclamado a negociar, recusar um acordo, pois o inadimplemento é sinal de imersão do consumidor num abismo financeiro. Sendo assim, a negociação exsurge como um perfeito canal de benefícios mútuos.

Em virtude disso, os provedores de crédito devem controlar seu procedimento no mercado financeiro, guiados pelo princípio da boa-fé e dever de informação, assim como o dever de avaliar a capacidade de reembolso do consumidor.

Acresce-se que um grande número de consumidores não possui a capacidade de mensurar seu poder de compra e pagamento. Portanto assumem obrigações financeiras já numa situação de superendividamento.

Imperioso salientar que uma instituição financeira ao emprestar dinheiro para quem não tem condições de pagar, excede o fim social da atividade económica, embora sua atividade seja lícita, segundo o disposto no artigo 187, do CC. Ora, o credor deve ser responsabilizado pela repercussão da sua atividade imprudente e inconsequente no mercado.

Diante de tal cenário, uma avaliação errada quanto a capacidade de pagamento do consumidor tem consequências fatais levando aquele, inclusive, ao superendividamento.

A negociação não pode ser vista como uma faculdade, até porque é a última chance do consumidor de acertar sua vida financeira. Inclusive, quando ele chega nesta fase, já atrasou e descumpriu o parcelamento originário. A garantia de negociação assegurada pela Lei 14.181/2021 emergiu como providencial.

No entanto, apesar dos avanços proporcionados pela Lei nº 14.181/2021, sua efetividade dependerá em grande medida da implementação prática de suas disposições e da conscientização tanto dos consumidores quanto das instituições financeiras sobre suas novas responsabilidades. A fiscalização do cumprimento das obrigações previstas na lei, especialmente no que se refere à transparência na oferta de crédito e à prevenção de práticas abusivas, será um ponto chave para assegurar que as mudanças propostas realmente resultem em uma redução dos casos de superendividamento. Da mesma forma, o sucesso do procedimento de repactuação de dívidas dependerá da colaboração dos credores, que precisarão estar dispostos a negociar.

A concessão de crédito, embora vital para a dinamização da economia moderna, apresenta uma série de desafios que envolvem tanto o devedor quanto o credor. No centro desse processo, a avaliação de risco emerge como um elemento fundamental para garantir a sustentabilidade das operações financeiras e a proteção dos direitos dos consumidores. A análise de risco, realizada pelas instituições financeiras antes da concessão de empréstimos, tem como objetivo principal assegurar que o crédito será concedido a indivíduos que possuam capacidade de reembolso, evitando o que se denomina superendividamento. Contudo, o rigor e a eficiência na condução da análise têm sido objetos de discussões tanto no campo jurídico quanto econômico, especialmente quando falhas nesse processo resultam em prejuízos significativos para o consumidor. A responsabilidade das instituições financeiras não se esgota

no simples ato de conceder crédito; pelo contrário, envolve uma análise criteriosa que considera a capacidade financeira do tomador, seu histórico de crédito, o comportamento do mercado, entre outros fatores.

A literatura jurídica tem destacado a importância da avaliação de risco como uma obrigação inerente ao princípio da boa-fé objetiva, que rege as relações contratuais, especialmente no contexto da concessão de crédito. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, em sua obra “Curso de Direito Comercial” (2019), o princípio da boa-fé impõe às partes contratantes o dever de agir com transparência e lealdade, evitando causar prejuízos desnecessários à contraparte.

Nesse sentido, a instituição financeira tem o dever de informar adequadamente o consumidor sobre os riscos envolvidos na operação de crédito, bem como de conduzir uma avaliação de risco robusta que impeça a concessão de empréstimos a quem não possui condições de honrar a dívida. Tal análise, ao contrário do que pode parecer em um primeiro momento, não deve ser realizada apenas com base em parâmetros quantitativos, como a renda do consumidor ou seu histórico de inadimplência. A análise qualitativa, que leva em consideração fatores como o comportamento econômico do indivíduo e as condições macroeconômicas do país, também é essencial para evitar a formação de dívidas impagáveis.

Além do princípio da boa-fé, o dever de informação, como já mencionado alhures, permeia a relação entre credor e devedor. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) impõe às instituições financeiras a obrigação de fornecer todas as informações necessárias ao consumidor de forma clara e precisa, especialmente no que tange às condições do crédito oferecido, as taxas de juros aplicáveis e as consequências do não pagamento da dívida. A obra de Cláudia Lima Marques, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor” (2017), destaca que a violação desse dever de informação pode caracterizar um defeito na prestação de serviços, ensejando a responsabilização da instituição financeira pelos danos sofridos pelo consumidor.

Percebe-se claramente nos modelos contratuais adotados no Brasil, informações deficitárias, muito aquém das necessárias. A informação a que tem direito o consumidor é aquela baseada na boa-fé e que possibilita a outra parte o conhecimento preciso das características essenciais do produto ou serviço.

O art. 6º, arrola os direitos básicos do consumidor. O inciso II, fala sobre a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços. Aquela se constitui em um pressuposto de interpretação para a aplicação do direito. O inciso III, traz o direito à informação, pressupondo que todos os esclarecimentos sobre o produto ou serviço foram repassados ao consumidor. Este inciso é a base do dever de informar.

É comum se identificar nos contratos, um defeito ou ofensa ao princípio da

transparência, a professora Claudia Lima Marques elucida o disposto no art. 4º, caput, do CDC. Ela define o mesmo como informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado. Trata-se de lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor.

Como reflexos do princípio da transparência, temos o disposto no art. 3º, sobre dever de informar o consumidor, através de oferta, clara e correta (publicidade ou qualquer outra informação suficiente). Por sua vez, o art. 31, do CDC, assegura informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa no tocante aos produtos, sob pena de o fornecedor responder por falha da informação (art. 20) ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos em que foi feita (art. 35).

O fornecedor sempre detém conhecimento especializado acerca de dados do processo de produção e fornecimento dos produtos e serviços no mercado de consumo, logo ele tem o dever de repassá-los ao consumidor.

Nesse contexto, uma avaliação de risco falha ou negligente, que resulte na concessão de crédito a indivíduos superendividados, configura uma má prestação de serviços, passível de reparação nos termos do CDC.

A relevância da avaliação de risco na concessão de crédito também se conecta diretamente com o princípio da função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil. O contrato de crédito, ao estabelecer uma relação de longo prazo entre credor e devedor, deve respeitar não apenas os interesses econômicos das partes envolvidas, mas também as repercussões sociais de suas cláusulas. Nesse sentido, a concessão de crédito irresponsável, que não leva em consideração a capacidade de pagamento do consumidor, pode acarretar graves consequências sociais, como o superendividamento, que, por sua vez, afeta não apenas o indivíduo, mas também a economia como um todo. O superendividamento compromete a capacidade de consumo das famílias, reduz a demanda por bens e serviços, e pode gerar um ciclo vicioso de inadimplência que afeta o sistema financeiro de forma mais ampla. Portanto, a avaliação de risco adequada não é apenas uma medida de proteção ao consumidor, mas também uma forma de garantir a estabilidade do próprio sistema econômico.

Segundo ensinamento de Neide Ayoub em sua obra “Crédito e Superendividamento: Perspectivas de Proteção ao Consumidor” (2008), o superendividamento deve ser entendido como um fenômeno multidimensional, com causas econômicas, jurídicas e sociais. Nesse contexto, a avaliação de risco emerge como uma ferramenta imprescindível para mitigar os riscos associados à concessão de crédito e evitar que consumidores sejam empurrados para uma situação de insolvência. A falha nesse processo, seja por falta de informações claras ou por uma

análise insuficiente das condições financeiras do tomador, revela não apenas um problema técnico, mas uma violação dos princípios éticos e jurídicos que orientam a atividade econômica. A concessão de crédito irresponsável, além de prejudicar o consumidor, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, ao comprometer a capacidade do indivíduo de manter uma vida digna, livre de pressões financeiras desproporcionais.

Nesse sentido, a avaliação de risco, como parte integrante do processo de concessão de crédito, deve ser vista não apenas como um procedimento técnico, mas como uma obrigação legal e ética das instituições financeiras. A responsabilidade dessas instituições vai além da simples análise dos números; envolve a necessidade de proteger o consumidor de uma dívida insustentável e garantir que o crédito seja concedido de forma responsável, transparente e justa.

Dessa forma, a análise de risco é não apenas uma etapa preliminar ao crédito, mas um verdadeiro pilar de sustentação para a relação contratual entre credor e devedor, garantindo o equilíbrio e a segurança jurídica das transações financeiras.

No entanto, a negociação de dívidas também envolve habilidades e conhecimentos específicos que podem ser adquiridos através de educação financeira ou de experiência prática. Na verdade, um crédito só é concedido após passar por avaliação e aprovação, logo se pode inferir que há erros nesta etapa.

A responsabilidade das instituições financeiras na concessão de crédito não se limita apenas à avaliação de risco e ao fornecimento de informações adequadas ao consumidor. Ela também abrange o dever de atuar com cautela, adotando políticas e práticas que previnam o superendividamento e protejam o consumidor contra possíveis abusos e desinformações. Nesse contexto, surge o conceito de crédito responsável, que impõe uma série de obrigações tanto ao credor quanto ao sistema regulatório que supervisiona essas operações. O crédito responsável visa equilibrar o acesso ao crédito, que é uma ferramenta essencial para a vida econômica moderna, com a necessidade de proteção ao consumidor contra práticas predatórias ou inadequadas que possam levá-lo à ruína financeira. A crescente complexidade dos produtos financeiros e a facilidade com que o crédito é disponibilizado fazem com que o dever de cuidado por parte das instituições financeiras se torne cada vez mais rigoroso.

O crédito responsável está intimamente ligado à prevenção do superendividamento. Quando as instituições financeiras concedem crédito de forma indiscriminada, sem levar em consideração a real capacidade de pagamento do consumidor, elas contribuem diretamente para o crescimento desse fenômeno. Segundo Marcelo Barbosa, em “Superendividamento: aspectos jurídicos e econômicos” (2016), o superendividamento não pode ser visto apenas como um problema individual do consumidor, mas como uma questão de saúde financeira coletiva. As

práticas de concessão de crédito que ignoram as condições socioeconômicas dos tomadores, bem como a falta de mecanismos de renegociação eficientes, agravam a situação de milhares de pessoas, muitas das quais se veem incapazes de cumprir suas obrigações financeiras sem abrir mão de itens essenciais à sua subsistência.

Entretanto, é importante ressaltar que a responsabilidade pelo crédito responsável não recai exclusivamente sobre o consumidor. As instituições financeiras, ao concederem crédito, devem adotar uma postura proativa na promoção de práticas que minimizem o risco de inadimplência e superendividamento. Isso inclui, entre outras medidas, a oferta de produtos financeiros adequados ao perfil de cada consumidor, a disponibilização de canais de atendimento eficazes para a renegociação de dívidas e a transparência absoluta quanto às condições contratuais. Além disso, a crescente digitalização dos serviços financeiros impõe novos desafios para a concessão de crédito responsável. Com o surgimento de fintechs e plataformas digitais de crédito, o acesso ao crédito se tornou ainda mais rápido e facilitado, muitas vezes sem a devida intermediação humana que, tradicionalmente, desempenhava um papel importante na avaliação da capacidade de pagamento do tomador. As plataformas digitais, embora eficientes, devem também estar sujeitas aos mesmos padrões de responsabilidade exigidos das instituições financeiras tradicionais, assegurando que as avaliações de risco sejam realizadas de forma minuciosa e que o consumidor seja plenamente informado sobre as consequências de seu endividamento.

É nesse contexto que o papel das autoridades reguladoras se torna crucial. A atuação de órgãos como o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional visa estabelecer normas que garantam a transparência, a segurança e a equidade no mercado de crédito. Tais regulamentos são essenciais para impedir a propagação de práticas abusivas, como a cobrança de taxas de juros excessivas ou a omissão de informações sobre os custos totais do crédito. A Resolução nº 4.539 do Conselho Monetário Nacional, por exemplo, estabelece diretrizes para a gestão do risco de crédito, exigindo das instituições financeiras uma avaliação criteriosa antes da concessão de qualquer empréstimo, de modo a evitar que o consumidor seja colocado em uma posição de vulnerabilidade financeira. Além disso, essa norma reforça a importância da educação financeira, incentivando as instituições a promoverem o conhecimento sobre os riscos e benefícios do crédito, de modo que o consumidor possa tomar decisões mais informadas.

Ao se tratar da problemática do consumo de crédito não se pode deixar de mencionar o papel da educação financeira, ponto central na promoção de práticas de crédito responsável. Quando o consumidor possui um entendimento claro sobre o funcionamento dos produtos financeiros, as taxas de juros, as penalidades por inadimplência e os direitos e deveres

envolvidos em um contrato de crédito, ele está em uma posição mais forte para tomar decisões que sejam compatíveis com sua realidade econômica. Segundo Fabiana Del Padre Tomé, em sua obra “Educação Financeira e Crédito Responsável” (2020), a educação financeira deve ser vista não apenas como um mecanismo de proteção do consumidor, mas como uma ferramenta indispensável para o desenvolvimento sustentável do mercado de crédito. Ao empoderar o consumidor com informações e habilidades para gerenciar suas finanças de forma eficaz, a educação financeira contribui para a redução dos índices de inadimplência e superendividamento, gerando um ciclo virtuoso que beneficia tanto o tomador quanto o credor.

A vista do exposto, a concessão de crédito responsável é um imperativo tanto para as instituições financeiras quanto para o sistema regulatório. A adoção de práticas que assegurem a proteção do consumidor, como a avaliação adequada do risco de crédito, a promoção da educação financeira e a oferta de condições justas de renegociação, são fundamentais para a saúde financeira dos indivíduos e para o funcionamento equilibrado do sistema econômico como um todo. O crédito, embora essencial para o desenvolvimento econômico, deve ser concedido com cautela e responsabilidade, garantindo que o acesso a essa ferramenta não se torne uma armadilha financeira para os consumidores.

Além da responsabilidade das instituições financeiras e do sistema regulatório, é necessário discutir o papel do consumidor na dinâmica do crédito responsável. Embora as instituições e as normas sejam primordiais para estabelecer um ambiente de crédito seguro e equilibrado, o consumidor também possui deveres e responsabilidades na gestão de suas finanças e na tomada de decisões relacionadas ao crédito. Em um contexto no qual o acesso ao crédito é amplamente facilitado por inovações tecnológicas e digitais, o consumidor precisa estar munido de conhecimentos financeiros e de uma postura proativa para garantir que suas escolhas estejam de acordo com sua capacidade financeira e com seus objetivos de vida. Assim, surge a noção de "consumo consciente de crédito", que, embora estreitamente ligado ao conceito de crédito responsável, coloca o foco na atitude e comportamento do consumidor em relação ao uso de recursos financeiros externos.

O consumo consciente de crédito refere-se ao uso ponderado e planejado de crédito, levando em consideração não apenas as necessidades imediatas do consumidor, mas também suas capacidades futuras de pagamento e suas obrigações financeiras já assumidas. O consumo consciente é um componente essencial da dinâmica de crédito responsável, que envolve tanto o comportamento do consumidor quanto as práticas das instituições financeiras. Logo, para que o consumidor possa agir de maneira consciente e responsável, é crucial que ele compreenda profundamente os mecanismos que envolvem o crédito, incluindo os conceitos de juros,

amortização, prazo de pagamento e encargos adicionais. Nesse sentido, a educação financeira mais uma vez se destaca como um pilar fundamental. De acordo com a autora Barbara Friedman, em sua obra “Financial Literacy: Educating Consumers for Better Financial Decisions” (2019), a educação financeira não deve ser vista como um conjunto de conhecimentos estáticos, mas como uma habilidade dinâmica que capacita o indivíduo a tomar decisões financeiras sólidas em um mercado que está em constante evolução. O consumidor consciente é aquele que se preocupa em adquirir e aprimorar essas habilidades ao longo do tempo, de modo a tomar decisões que minimizem o risco de superendividamento e protejam sua saúde financeira.

No entanto, o comportamento do consumidor também é influenciado por fatores externos, como o marketing agressivo de produtos financeiros, as pressões sociais para o consumo e a própria cultura de crédito disseminada pela sociedade contemporânea. A facilidade de obtenção de crédito, seja por meio de cartões de crédito, empréstimos pessoais, ou até mesmo opções como "compre agora, pague depois", muitas vezes leva o consumidor a assumir compromissos financeiros sem uma análise criteriosa das implicações de longo prazo. Dessa forma, o consumo inconsciente pode facilmente resultar em um ciclo de endividamento, no qual o consumidor recorre a novos créditos para quitar dívidas anteriores, gerando uma espiral de obrigações financeiras que se tornam, eventualmente, insustentáveis. Segundo Stuart McLachlan, em “Consumer Debt and Financial Wellbeing” (2021), o comportamento financeiro do consumidor é moldado não apenas por sua capacidade de gerir seus recursos, mas também pelo contexto no qual ele está inserido. A pressão para adquirir bens de consumo, associada à facilidade de acesso ao crédito, cria um ambiente propício ao superendividamento, o que ressalta a necessidade de uma abordagem mais holística na promoção do crédito responsável, que inclua tanto a regulação rigorosa das práticas de concessão quanto o empoderamento do consumidor através da educação e da conscientização.

A conscientização do consumidor, entretanto, não é uma tarefa simples. O mercado de crédito, pela sua própria natureza, é complexo e envolve uma série de terminologias, cálculos e contratos que muitas vezes não são facilmente compreendidos pelo consumidor médio. Apesar dos avanços na promoção de transparência nas operações de crédito, ainda existe uma lacuna significativa entre o nível de conhecimento exigido para uma gestão eficaz do crédito e o nível de entendimento que muitos consumidores possuem sobre os produtos financeiros que utilizam. Segundo dados do Relatório Anual de Educação Financeira do Banco Central (2022), a maioria dos consumidores brasileiros ainda apresenta dificuldades em interpretar corretamente os termos de contratos de crédito, especialmente no que se refere a taxas de juros,

prazos de pagamento e encargos financeiros. Essa falta de compreensão pode resultar em decisões financeiras mal informadas, que levam o consumidor a assumir mais dívidas do que ele pode arcar, ou a optar por produtos financeiros que não são adequados à sua situação econômica.

Outro aspecto relevante no debate sobre o consumo consciente de crédito é o impacto psicológico do endividamento sobre o consumidor. Quando um indivíduo se encontra em uma situação de endividamento prolongado ou de inadimplência, ele não experimenta apenas as consequências financeiras dessa condição, mas também enfrenta efeitos emocionais e psicológicos que podem agravar ainda mais sua situação. A ansiedade, o estresse e a depressão são frequentemente associados a situações de endividamento, especialmente quando o consumidor sente que perdeu o controle sobre suas finanças. A obra “The Psychology of Debt” de Jonathan Ellis (2020) explora como o endividamento pode se tornar uma fonte de angústia emocional e de deterioração da qualidade de vida do consumidor, comprometendo não apenas sua saúde mental, mas também sua capacidade de tomar decisões racionais e ponderadas sobre o futuro financeiro. A partir desse entendimento, fica claro que a responsabilidade pelo consumo consciente de crédito não deve ser colocada apenas nos ombros do consumidor, mas sim compartilhada entre as instituições financeiras, as autoridades reguladoras e o próprio indivíduo, de forma que todas as partes colaborem para criar um ambiente mais seguro e equilibrado.

Um exemplo prático de como o consumo consciente de crédito pode ser promovido de maneira eficaz é a implementação de programas de aconselhamento financeiro, oferecidos por instituições bancárias, órgãos governamentais ou organizações sem fins lucrativos. Esses programas têm como objetivo ajudar o consumidor a compreender sua situação financeira, a planejar suas despesas de forma mais eficiente e a renegociar suas dívidas quando necessário. O aconselhamento financeiro não apenas auxilia o consumidor a organizar suas finanças de maneira mais estratégica, mas também promove a educação continuada, fornecendo informações práticas sobre como evitar o endividamento excessivo no futuro. Iniciativas como o Programa Nacional de Educação Financeira (PNEF), criado pelo governo brasileiro, têm buscado incentivar a adoção de práticas financeiras mais conscientes entre os consumidores, com foco especial nas camadas mais vulneráveis da população, que são as mais suscetíveis a cair em armadilhas de crédito predatório.

De forma conclusiva, a educação financeira é um elemento essencial na prevenção do superendividamento, tanto no Brasil quanto em outros países. A falta de compreensão adequada sobre o funcionamento das finanças pessoais e das implicações de contratos financeiros, como

empréstimos e financiamentos, contribui significativamente para a alta taxa de endividamento entre consumidores. Muitos indivíduos, ao contrair dívidas, não possuem informações claras sobre a taxa de juros, encargos adicionais e as consequências de pagar apenas o mínimo de faturas de crédito. Esse cenário é agravado pela oferta excessiva de crédito, que, sem o devido conhecimento financeiro, torna-se um verdadeiro risco para o equilíbrio econômico das famílias. A educação financeira, portanto, vai além de meramente saber fazer cálculos matemáticos ou compreender planilhas; ela envolve o desenvolvimento de uma consciência crítica acerca das decisões financeiras, permitindo que o indivíduo tome decisões mais informadas e equilibradas sobre sua capacidade de endividamento. Nesse sentido, ao compreender melhor os conceitos financeiros, os consumidores podem evitar a armadilha do crédito fácil, uma das principais causas do superendividamento.

No Brasil, a implementação de políticas públicas que incentivem a educação financeira tem ganhado espaço, especialmente após a crise econômica e a popularização do acesso ao crédito. Contudo, essas iniciativas são insuficientes e, muitas vezes, não alcançam todas as camadas da população, especialmente as de menor renda, que são as mais vulneráveis ao superendividamento. A questão é que o superendividamento não se restringe apenas a um fenômeno econômico, mas envolve também aspectos sociais e psicológicos. Pessoas endividadas frequentemente enfrentam problemas emocionais, como ansiedade e depressão, o que pode agravar ainda mais a sua situação financeira. Dessa forma, a educação financeira deve ser encarada como uma ferramenta de empoderamento social, capaz de evitar não apenas o comprometimento excessivo da renda, mas também de garantir a dignidade e o bem-estar da pessoa humana.

Além disso, o próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC), no Brasil, prevê o direito à informação clara e precisa como um dos pilares das relações de consumo. Esse direito está intrinsecamente ligado à educação financeira, pois a transparência das informações fornecidas pelas instituições financeiras permite que o consumidor avalie de forma consciente suas decisões de consumo e endividamento. Contudo, a prática muitas vezes mostra que as instituições de crédito falham em cumprir esse dever, seja por omissão, seja por apresentar informações de maneira confusa ou pouco acessível. Esse cenário revela a necessidade de um maior controle e regulação por parte dos órgãos competentes, para que o crédito seja concedido de forma responsável e que o consumidor tenha todas as ferramentas necessárias para entender as implicações de suas decisões financeiras.

Diante disso, permite-se concluir que a falta de educação financeira também abre margem para o abuso de direito por parte das instituições financeiras. Quando o consumidor

não tem pleno conhecimento das condições de um contrato, ele se torna vulnerável a práticas abusivas, como a imposição de juros excessivos ou a venda casada de serviços. Nesse contexto, a educação financeira se apresenta como uma forma de proteger o consumidor dessas práticas, equipando-o com o conhecimento necessário para reconhecer e evitar abusos. De acordo com o princípio da boa-fé objetiva, tanto o consumidor quanto a instituição financeira devem atuar de maneira leal e transparente nas suas relações. A falha em promover a educação financeira pode, portanto, ser vista como uma violação desse princípio, uma vez que impede o consumidor de tomar decisões baseadas em informações completas e claras.

Por fim, é importante destacar que a educação financeira não deve ser vista apenas como uma responsabilidade individual, mas também como uma obrigação do Estado e das próprias instituições financeiras. A criação de programas de educação financeira, que incluam tanto a população adulta quanto os jovens, é fundamental para a formação de uma sociedade mais consciente e preparada para lidar com as complexidades do mercado de crédito. Isso porque, em um mundo onde o crédito é cada vez mais acessível e amplamente utilizado, é imperativo que os consumidores sejam capacitados para fazer escolhas financeiras que preservem sua saúde econômica e evitem o superendividamento. A integração da educação financeira nos currículos escolares, bem como a oferta de cursos e palestras para o público em geral, são algumas das estratégias que podem ser adotadas para que o conhecimento financeiro atinja todos os estratos da sociedade.

Em síntese, a problemática do consumo de crédito no Brasil apresenta várias nuances, antes examinadas. Para que o crédito seja utilizado de maneira saudável e sustentável, é fundamental que o consumidor esteja equipado com os conhecimentos necessários para fazer escolhas informadas e responsáveis. Ao mesmo tempo, é dever das instituições financeiras fornecer informações claras e precisas sobre seus produtos, bem como criar mecanismos que facilitem a renegociação de dívidas e a recuperação financeira. O equilíbrio entre o crédito acessível e a proteção ao consumidor só será alcançado quando todas as partes envolvidas trabalharem em conjunto para promover um ambiente de crédito mais justo e consciente.

REFERÊNCIAS

NEGRÃO, Ricardo; GOMES, Orlando. Manual de Direito do Consumidor. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CLÈVE, Clémerson Merlin (2006). A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, 54/28, p. 239-252, jan./mar.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima, Benjamin, Antônio Herman (2006). Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Consumidor e os Contratos Bancários. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIEIRA, Rafael. O Superendividamento e a Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

O CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO E OS PROGRAMAS MUNICIPAIS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA VISÃO PRÁTICA POSTERIOR A APLICABILIDADE DA LEI 14181/21 E OS REFLEXOS NA ESFERA JUDICIAL

THE OVER-INDEBTED CONSUMER AND MUNICIPAL CONSUMER PROTECTION AND DEFENSE PROGRAMS: A PRACTICAL VIEW AFTER THE APPLICABILITY OF LAW 14181/21 AND ITS EFFECTS ON THE JUDICIAL SPHERE

Marcia Regina Moro da Rocha¹

Carolina Salbego Lisowski²

José Antonio de Azevedo Gomes³

INTRODUÇÃO

A concessão de crédito facilitado e distribuído sem que haja o mínimo de educação financeira, sem os cuidados de observar quem estava tomando o crédito e como poderia quitar seus débitos, têm provocado nos últimos anos endividamento e superendividamento de famílias. Tal cenário, que já era uma preocupação do PROCON de Santa Maria, a partir de 2020 aciona um alerta ainda maior, haja vista as restrições económicas impostas pela pandemia na realidade da família brasileira que, em grande parte, teve algum prejuízo imediato como a redução da renda em vista à demissões ou, ainda, em realidades em que depende de postos de trabalho informais, que não asseguram nenhuma garantia ao trabalhador.

Considerando, especialmente, este recorte de tempo, os relatos que chegam até o

¹ Graduada em Administração pela Universidade Federal de Santa Maria.RS.Brasil; pós graduada em Direito Tributário pela Universidade Luterana do Brasil-ULBRA.Santa Maria.RS.Brasil; Diretora Executiva do Procon Municipal de Santa Maria.RS.Brasil; Presidente da Associação Gaucha de Procons Municipais.Rio Grande do Sul.Brasil; Presidente da Associação Brasileira de Procons -ProconsBrasil.; Diretora do Brasilcon-Relacionamento com Procons.

² Graduada em Direito pela Universidade Franciscana de Santa Maria.RS.Brasil; Mestre e Doutora pela Universidade Federal de Santa Maria.RS.Brasil; Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Palotina de Santa Maria.RS.Brasil; Secretária de Município de Administração e Gestão de Pessoas, Santa Maria.RS.Brasil

³ Acadêmico de Direito(10º semestre) na Faculdade Palotina de Santa Maria.RS.Brasil; Graduado em Engenharia Civil pela Universidade Federal Fluminense.Niterói.RJ.Brasil; Especialista em Recursos Hídricos e Saneamento Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria.RSBrasil; Secretário de Município de Avaliação de Projetos e Capitação de Recursos. Santa Maria. RS. Brasil.

PROCON são de consumidores que enfrentam situação econômica muito difícil, o que se impõe é a impossibilidade material de cumprir com as obrigações financeiras da casa ou da empresa, e principalmente, a impossibilidade de sustentar as necessidades básicas da família. Na grande maioria dos casos o acometimento do superendividamento se deve a diminuição abrupta e severa da renda, desemprego e, ainda, alguns casos agravados pelo acometimento de problemas de saúde na família.

São situações como estas, que ocorrem no dia a dia e agora apresentam um perfil diferente do visto até então, que fazem com que os consumidores busquem, muitas vezes, o auxílio dos órgãos de proteção e defesa do consumidor – Procons, com vistas a conseguir auxílio no resgate da sua vida financeira da família.

Neste sentido, considerando que são várias as ocorrências das buscas deste valores à título de empréstimos, os quais, grande parte das vezes, irão suprir dívidas para consumos básicos da família, como luz, água e alimentação, de modo que tem se mostrado cada vez mais necessários que os Procons busquem alternativas e metodologias para auxiliar estes consumidores que, na grande maioria das vezes, não buscam o crédito para consumo de produtos supérfluos os dispensáveis, mas sim, para garantir a própria condição de subsistência.

Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo a demonstração de possíveis ferramentas de prevenção ao superendividamento, sobretudo sobre as possibilidades de solução desse recente fenômeno social. Para a realização da presente pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, vez que se faz uma breve análise sobre os conceitos do superendividamento, a fim de, posteriormente, partir-se para a análise das ferramentas de prevenção ao referido fenômeno, através da utilização das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

1 O ATENDIMENTO AOS SUPERENDIVIDADOS COMO AÇÃO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A Constituição Brasileira de 1988 prevê que o Estado irá promover, na forma lei, a proteção e defesa do consumidor, o que ganhou materialidade com o advento da Lei 8078/90, diploma legal basilar à proteção dos consumidores, nas relações de consumo. Dentre as mais variadas formas e ações que dizem respeito à proteção deste público, está a atuação dos Procons em relação ao superendividamento, um gravíssimo problema que atinge milhões de lares brasileiros e que leva muitas famílias a uma completa e insolúvel situação de absoluta exclusão do mercado de consumo. A principal situação que se vê, nestes casos, é a situação de insolvência

pela falta de condições de cumprir com seus compromissos, é a consequente condenação dessa família a uma existência coletiva familiar totalmente indigna.

A extensão deste problema atingiu tantos consumidores haja vista que temos presenciado, ao longo da última década, o mercado financeiro ofertar, de forma agressiva e sem controle, produtos e serviços de crédito a consumidores que, muitas vezes, não possuem condição de entendimento e clareza acerca do que realmente estão contratando e da dimensão e do impacto financeiro destas contratações na realidade de suas rendas básicas.

Neste contexto, o tema é presente diariamente na rotina dos órgãos de defesa do consumidor, onde o endividado e o superendividado buscam acolhida para solucionar um problema criado sem que eles tivessem sido devidamente orientados e educados, especialmente acerca de como usar os produtos ofertados e adquiridos, sejam eles empréstimos consignados ou crédito pessoal, cartões de crédito consignados, cartões de crédito. Como já referido, destaca-se a relevância destas ações de acolhimento e auxílio por parte dos Procons, enquanto medida de proteção do consumidor, em um contexto tão agravado pelos efeitos da pandemia no Brasil.

Em um contexto geral de atendimento dos super endividados, verifica-se que os governos têm, ao longo dos anos, criado meios para socorrer empresas e até mesmo estados da federação, usando meios e recursos proporcionados pelos impostos pagos pelo contribuinte. Contudo, as leis e medidas provisórias neste sentido, são todas benéficas para empresas e pessoas jurídicas de direito público em situação financeira desequilibrada, mas, em nenhum momento, representam medidas que possam alcançar e modificar a situação de dívida de milhões de famílias que estão à margem da sociedade por estes motivos.

Assim, diante desta ausência de legislação específica em relação ao superendividado, começaram a surgir, nos tribunais dos estados, ações que busca conciliar e resolver as situações de consumidores superendividados.

O Rio Grande do Sul tem pioneirismo inédito neste tipo de posicionamento e já no ano de 2007 fez o lançamento de projeto piloto de proteção ao consumidor endividado, tendo por objetivo *“mediar a renegociação de suas dívidas com todos os seus credores, de forma amigável, de acordo com seu orçamento familiar, de modo a garantir a subsistência básica de sua família (mínimo vital)”*.

No projeto, que dispensa a presença de advogados, a mediação dos casos se dá sem ônus e a busca por renegociar, em conjunto, todas as dívidas do consumidor junto aos seus vários credores, estabelecendo-se, com issoprocedimento conjunto de busca de solução para um problema em comum entre credores e devedores.

2 O RECONHECIMENTO DO “CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO” E AS AÇÕES DE ATENDIMENTO E PROTEÇÃO

Conforme leciona Paulo Maximilian, é considerado superendividamento a condição de impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e de consumo. Todos são consumidores, em algum momento, terão alguma espécie de dívida (desde as do cotidiano, como supermercado, farmácia, até lojas e financiamentos), haja vista a universalidade das relações de consumo e o acesso aos bens de uma sociedade que se estrutura, basicamente, através destas relações de mercado.

Assim, ao consumir, torna-se indispensável compreender que, mesmo que se tenha dívidas, seja para acessar produtos ou serviços, necessários para atender as suas necessidades, o ideal é que se tenha o controle e previsão em seu orçamento para cumprir adequadamente a sua adimplência.

O Brasil é um país capitalista, de liberdade de mercado, liberdade econômica, e sendo assim, é um país propício ao endividamento e não de poupança. O crédito e consumo andam lado a lado, e fortemente vinculados ao nosso sistema econômico e jurídico.

A oferta e obtenção de crédito tem lado positivo, inclui no consumo pessoas de renda baixa, mas isso deve ser feito de forma responsável, que a pessoa tenha condições de administrar adequadamente a concessão recebida.

O Brasil, como bem demonstra a nossa realidade, tem juros elevadíssimos, em qualquer dos produtos ofertados (crédito pessoal, cartões, consignados), os bancos têm os maiores lucros no mundo (*spread*), qualquer dívida não adimplida na data certa, cresce vertiginosamente em pouco tempo.

O que temos hoje no Brasil, é uma oferta agressiva e massiva de produtos financeiros, e aqui não temos previsão da falência da pessoa física (consumidor), e o endividamento ou superendividamento leva ao que estamos presenciando, a exclusão de milhões famílias da sociedade de consumo, e esse quadro vem se agravando ainda mais, nesse período pandêmico mundial.

Para um melhor entendimento do que é essa “cadeia” existente na sociedade consumo e de concessão de crédito, que podemos resumir em quatro palavras: consumo, crédito, boa-fé e endividamento, com as seguintes definições:

Consumo: diferentemente do produtor, profissional liberal, agricultor ou fabricante e das pessoas jurídicas em geral, que podem falir, o devedor pessoa física que contrata um ou

mais créditos visando o consumo de produtos e serviços, caracterizando-se em estado de inadimplência global (consumidor segundo o Art. 2º do CDC), não tem como pedir a “renegociação” do conjunto de suas dívidas. Neste caso, só pode interpor ações individuais contra cada um dos credores pedindo a “revisão” das respectivas dívidas. Objetiva-se ganhar ou perder aquela “revisão” como são popularmente chamadas estas ações que proliferam no Judiciário brasileiro.

Crédito: o que é comprado à vista sai imediatamente do patrimônio (ou da poupança) do consumidor. O seu “endividamento” global está na impossibilidade de honrar o conjunto de suas dívidas, só pode ser resultado de contratos de crédito (pagamento em prestações, cheque pré-datado, uso do crédito de cartões de crédito com o pagamento mínimo mensal, uso do cheque especial, créditos para aquisição de veículos, créditos para turismo, créditos consignados para dar alguns exemplos).

Boa-fé: em regra, quando contrata-se o crédito ou adquire-se o produto ou serviço em prestações, o consumidor tem condições de honrar sua dívida. Trata-se de uma boa-fé contratual que é sempre presumida. Em todos os países que possuem leis sobre a prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores, aquele que é protegido é sempre o consumidor pessoa física de boa-fé contratual. A boa-fé é a base do combate ao superendividamento dos consumidores. Como já afirmamos muitas vezes, a imposição do princípio da boa-fé objetiva às relações de crédito com consumidores (Art. 4º, III do CDC) leva à existência de um dever de cooperar dos fornecedores para evitar a ruína destes consumidores. Haveria, pois, na relação de crédito ao consumo e nos financiamentos para o consumo (art. 52 do CDC), novos deveres de cooperação dos fornecedores de serviços bancários, de crédito e financeiros (Súmulas 297 e 283 do Superior Tribunal de Justiça-STJ) que imporiam um esforço de boa-fé para adaptar estes contratos e preservá-los (*neue Verhandlungspflichten*) de modo a evitar a ruína e o superendividamento dos consumidores de boa-fé.

Endividamento: pois, na sociedade atual endividar-se faz parte do “jogo”, não é culpa de ninguém, ao contrário é um fator macroeconômico importante, faz parte da liberdade do consumidor na sociedade atual. Crédito ao consumo e facilidade de acesso ao crédito podem ser coisas boas, as leis regulam a concessão responsável do crédito e proíbem os abusos por parte dos fornecedores de crédito, de produtos e de serviços conexos ao crédito. Endividar-se em um país com pouca poupança como o Brasil é normal, para todas as classes sociais, mas não é sem perigos. Na Europa, alguns chamam o fenômeno “doentio” ou o nível perigoso de endividamento, de sobre- endividamento, mas preferimos a expressão francesa, do latim “super”, que significa apenas “muito”, não “demais”, de forma a evitar qualquer juízo de valores sobre este estado. O “super” aqui é, pois, apenas um adjetivo de quantidade, que visa alertar para situação de impossibilidade global de pagar, de honrar ou de suportar este grande endividamento de consumo e de boa-fé da pessoa física consumidora. Pode-se ser rico, da classe média ou pobre e estar superendividado. Prevenir este estado ainda

é a melhor solução.

A oferta massiva e desenfreada de crédito se configura quando lemos, que a mercê das regras de mercado, muitos consumidores, impulsionados pela síndrome consumista que envolve velocidade, excesso e desperdício (BAUMAN, 2008), e ainda o mercado financeiro, oferece crédito, até mesmo para pessoas com nomes inscritos em órgãos de restrição de crédito. Ainda, nas palavras de Bauman (2010), *“todos os que podiam se transformar em devedores e milhões de outros que não podiam e não deviam ser induzidos a pedir empréstimos já foram fígados”*.

A concessão de crédito e o consumo, são interligadas, pois as pessoas para consumirem precisam do crédito, *“se há crédito ao consumo a produção aumenta e a economia se ativa, há mais emprego e aumenta o mercado de consumo.”*

Esse crédito precisa ser concedido de forma “responsável”, pois ao manter acessa a economia, permitindo a inclusão das pessoas na sociedade de consumo, pode ter efeitos negativos quando ocorre a impossibilidade de pagamento. O crédito é um serviço complexo, difícil de ser administrado”, no sentido de que não haja o superendividamento.⁵

O crédito:

É o meio pelo qual aqueles, que não dispõem de dinheiro, conseguem obter o dinheiro ou coisas”, ou seja, “economicamente, é uma espécie de troca: [...] é uma troca na qual as prestações não são simultâneas, mas separadas no tempo.”⁶

A informação adequada, clara e que não reste dúvida ao consumidor ao contratar o crédito, também uma forma de prevenção, e principalmente que a pessoa leia o que está assinando, evitando problemas futuros, como previsto no artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, que regula os direitos básicos do consumidor:

O superendividamento refere-se às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de forma duradoura ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas ou quando existe uma ameaça séria de que não poderá quitá-las no momento em que se tornarem exigíveis. É também conhecido como falência ou insolvência dos consumidores. Enquanto o incumprimento diz respeito simplesmente ao não pagamento das dívidas assumidas, independente das razões que o justifiquem (podendo ser um atraso oportunista e intencional); o superendividamento é a impossibilidade de pagamento por insuficiência de rendimentos. Nesse passo, o incumprimento é identificado pelo caráter individual e casuístico relacionado ao devedor; em contrapartida o superendividamento está relacionado à visão conjuntural do consumidor no mercado de consumo, tornando-se fenômeno social e mundial da pós-modernidade. As dívidas podem estar vencidas ou não, a noção de superendividamento deve ser interpretada de maneira extensiva, pois o fenômeno do superendividamento pode ocorrer mesmo quando as dificuldades de pagamento ainda não são efetivas, desde que sejam previsíveis. Neste último caso, o consumidor já vislumbra que não terá

condições financeiras de pagar as dívidas que ainda vencerão no futuro.

Não há valor fixo ou determinado para a caracterização do superendividamento. O consumidor pode estar com dificuldades de pagar dívidas de baixo ou de elevado valor, tudo dependerá de sua capacidade de reembolso ou do nível de endividamento. O superendividamento está presente, com maior ou menor intensidade, em todos os países e classes sociais (baixa, média ou alta), apesar das diferenças econômicas, sociais e culturais que os separam. Prevenção e Tratamento do Superendividamento No entanto, os consumidores desfavorecidos, que vivem próximos do limiar da pobreza e com baixo grau de instrução, têm aumentado o risco de superendividamento. Neste caso, mesmo que se trate de pessoa que se esforça para cumprir seus compromissos, pequena alteração no seu rendimento pode impossibilitar o pagamento das dívidas assumidas.

As causas do superendividamento são múltiplas e complexas. Em muitos casos, a origem do superendividamento está ligada a um “acidente da vida”, como morte do cônjuge, perda do emprego, doença familiar ou pessoal, redução de renda/salário em atraso, separação ou divórcio. Em outros casos, o superendividamento pode ter decorrido de uma má avaliação do orçamento doméstico ou da capacidade de reembolso.

Há diversos fatores que podem agravar o risco do superendividamento, dentre os quais, destacamos:

- Negligência na concessão do crédito, quando as informações disponibilizadas aos consumidores nem sempre são transparentes e completas (descumprimento do dever de informação e de aconselhamento);
- Excesso no modo de sedução dos consumidores através da publicidade (abuso da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde, conhecimento ou condição social);
- Crises econômicas, altos índices de desemprego.

A popularização do crédito, é responsável pela ampliação do consumo, na população de baixa renda, e nessa condição os aposentados estão sendo há anos, assediados por instituições financeiras, através de agentes autorizados ou seus correspondentes, pois são hoje detentores de renda fixa, e o assédio ocorre por conta da possibilidade de fazerem empréstimos consignados(é uma operação de risco zero), que o desconto vem direto no benefício, e com uma taxa mais baixa. Na esteira desse crédito fácil e massivo, os consumidores recorreram ao judiciário para revisionais, devido à ausência de regime legal específico que tratasse do super endividamento. As ações revisionais quando finalizadas, se transformavam com dividas ainda maiores e o consumidor ficava insolvente.

O superendividamento, tem destaque na obra da Prof. Claudia Lima Marques, uma estudiosa do assunto, com diversas pesquisas na área, desenvolvida na Universidade Federal do Rio Grande Sul, uma referência no direito do consumidor e muito em beneficio especificamente do consumidor superendividado.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, vem envidando esforços para a que a lei aprovada em 2021, seja efetiva e em beneficio dos consumidores, que tem como proposta o aperfeiçoamento de disciplinar o crédito, e a prevenção e tratamento ao superendividamento, visa melhorar praticas constantes do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo negociação de dívidas, combater às práticas abusivas, para efetivar a proteção ao consumidor.

O superendividamento tratado no texto, é aquele que ocorre quando o consumidor fica impossibilitado de adimplir suas dividas sem que isso comprometa seu mínimo existencial. Por esse motivo, que a repactuação de dividas com todos os credores em bloco em audiência

de conciliação, e com plano definido para que o consumidor consiga cumprir o pactuado.

Assim, destacamos os principais pontos constantes Lei: preservação do mínimo existencial; comprometimento máximo de 35% na folha de pagamento; enfrentar o assédio ao consumidor, principalmente quando forem: idosos, analfabetos, doentes ou em estado de vulnerabilidade; e um plano para a recuperação financeira do crédito.

A legislação por ser inovadora, é corrente entre os integrantes do sistema que os superendividados conseguindo repactuar seus débitos pode injetar bilhões na economia. Tal fenômeno completo e extremamente atual, dá ensejo à latente necessidade do Estado de promover alguma ferramenta capaz de garantir o equilíbrio dessas relações de mercado.

Uma das medidas que podem ser sugeridas, é o fornecimento de informações claras sobre o contrato que o consumidor pretende celebrar, a fim de que possa haver equilíbrio, mediação de custos e riscos da celebração, ao passo que ao fornecedor, deverá realizar avaliação da possibilidade do consumidor adimplir o contrato pactuado, a fim de que sejam minimizados os riscos negociais, garantindo segurança jurídica e econômica a ambos.

Além disso, sugere-se que seja possibilitado ao consumidor a reflexão sobre os prós e contras do contrato que pretende se vincular, por um determinado período de tempo, a fim de que possa ser exercido juízo de retratação, quando necessário. O reequilíbrio desses contratos de forma geral, deve ser feito tendo como premissa a boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), e que esse é um dever constante nos contratos.

Tal ferramenta, ainda, possibilita e previne que o consumidor seja posto à mercê do fornecedor, assinando contratos desproporcionais e com cláusulas eivadas de abuso. Repisa-se que, tais medidas sugestivas, são todas preventivas, de forma a serem efetivadas previamente à relação negocial. De acordo com Cláudia Lima Marques:

(...) numerosas legislações reprimem a usura, isto é, a prática de taxas de juro excessivas. Esta limitação da taxa de juros pode resultar de uma regulamentação genérica e objetiva segundo os tipos de operações de crédito visadas, ou do recurso, mais subjetivo do poder moderador do juiz. Além disso, quando o crédito solicitado é destinado à compra de um bem ou fornecimento de um serviço, é lógico ligar juridicamente as duas operações de sorte que se uma não for realizada, o consumidor fica liberado da outra” (MARQUES, 2010, p. 11).

Não se constitui tradição do sistema econômico nacional, mormente nessas situações, o perdão de dívidas, diante do comportamento não culposos do devedor, como sucede nos Estados Unidos, diante de crises financeiras. Ali se entende que a insolvência não pode estigmatizar o devedor pessoa física a tanto não poder prejudicá-lo como “membro produtivo para a economia de mercado”. Existe para o superendividado um “imediato recomeço” (“fresh

start”), permitindo-se a extinção das dívidas para concretizar essa recuperação econômica.

Em nosso país, se torna necessário que o sistema jurídico possa contemplar, de rigor, nos contratos a cláusula do dever de renegociação, a possibilidade das moratórias excepcionais a diferir o tempo obrigacional, e sobretudo, a chamada “exceção de ruína”, por perda accidental da capacidade de pagamento, ensejando a revisão dos contratos, mesmo os não de consumo, quando o superendividamento se apresente escusável.

Leciona Miragem (2020), que deve chamar-se a intervir a utilidade das regras de interpretação do negócio jurídico. De acordo com ele, as que referem que a interpretação deve lhe atribuir o sentido que corresponder à boa-fé, com a aplicação fiel do Código Civil.⁹

Desse modo, se pode perceber que todas as medidas acima expostas, bem como nova Lei de prevenção ao superendividamento, são todas preventivas e, justamente, com foco na proteção antecipada, tanto do consumidor quanto do fornecedor, garantindo a relação de equilíbrio existente entre ambos.

No evento da pandemia mundial do COVID-19, que trouxe consequências para as famílias brasileiras, como a redução de renda, desemprego e doenças, tudo de forma acumulada, fez com que muitos consumidores perdessem sua capacidade de adimplir com as obrigações e, consequentemente, prejudicar) sua subsistência. A consequência disso foi o agravamento do número de endividados e superendividados durante e ainda mais no pós-pandemia.

Essas famílias que não tinham histórico de inadimplência e hoje estão, certamente é em razão dos fatores já elencados, como por exemplo a dinâmica do mercado. Esses são os ditos devedores de boa-fé, muito longe de serem igualadas aos devedores contumazes ou aqueles que por compulsão comprometem sua renda.

É necessário que se pense que essas famílias contribuem para movimentação da economia. Sem consumidor, não existe mercado de bens e serviços, essas famílias que sempre adimpliram suas obrigações precisam ter esse perfil reconhecido, e medidas são necessárias de forma a organizar a vida financeira desses devedores de boa-fé.

O que o mundo presenciou foi uma crise mundial como consequência da COVID-19, afetando a economia de todos os países, e devido a isso, surgiram legislações temporárias que tentaram solucionar a crise e, principalmente, de humanizar essas soluções, o que devemos pensar, principalmente, é “renegociar” os contratos de consumo sobretudo nas obrigações bancárias e também nos demais tipos de obrigações contratuais.

3 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A

JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS NACIONAIS

O judiciário brasileiro tem se mostrado cada vez mais atuante na proteção dos direitos dos consumidores, oferecendo espaço para que aqueles que se encontram em situações de superendividamento busquem soluções. As decisões judiciais têm considerado a vulnerabilidade do consumidor e a sua necessidade de proteção, promovendo a renegociação de dívidas e a busca por soluções que garantam a dignidade do consumidor (PEREIRA, 2021).

As decisões das cortes supremas deste país necessita sempre pautar a função social do contrato e a dignidade da pessoa humana na área do direito consumerista, pacificar as relações de consumo com respeito à dignidade do consumidor, enfatizar que os contratos não podem ser apenas vistos como meras obrigações legais, mas também o dever de considerar a função social e os direitos fundamentais das partes envolvidas na perspectiva de busca proteger o consumidor, garantindo que seus direitos sejam respeitados promovendo uma relação mais justa e equitativa).

4 A NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA COM ABORDAGEM DE SAÚDE PÚBLICA AOS CONSUMIDORES SUPERENDIVIDADOS

Embora o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Superendividamento ofereçam mecanismos de proteção, ainda há uma lacuna em relação a legislações específicas que atendam de maneira abrangente as necessidades dos superendividados.

É imprescindível que o legislador atente para a urgência de normas que promovam a renegociação de dívidas, estabeleçam limites para a concessão de crédito e garantam a proteção dos consumidores em situações de vulnerabilidade (SILVA, 2021).

O superendividamento não impacta apenas a vida financeira dos consumidores, mas também sua saúde mental. Estudos têm demonstrado que a pressão financeira pode levar a quadros de estresse, ansiedade e depressão. Portanto, é essencial que a abordagem ao superendividamento inclua suporte psicológico e emocional, ajudando os consumidores a lidar com as consequências de suas dívidas e buscando uma recuperação integral (MENDES, 2021).

Neste contexto de saúde pública o consumidor diagnosticado com ansiedade pode, em momentos de crise, tomar decisões impulsivas em relação ao consumo, de modo que venha a contribuir para o seu superendividamento. A ansiedade desperta a necessidade de alívio imediato, levando o indivíduo a buscar conforto em compras impulsivas ou em serviços que não são financeiramente viáveis. Essa busca por alívio pode ser uma forma de enfrentar o

desconforto emocional, mas, a longo prazo, resulta em um acúmulo de dívidas e compromissos financeiros que o indivíduo não consegue honrar. Segundo o estudo de KENG, et al. (2013), indivíduos com altos níveis de ansiedade podem exibir comportamentos de compra compulsiva como uma forma de lidar com o estresse, o que se traduz em dificuldades financeiras. Além disso, a incapacidade de lidar com o estresse financeiro pode intensificar a ansiedade, criando um ciclo vicioso em que a pessoa se vê cada vez mais presa em um labirinto de dívidas, sem a clareza necessária para tomar decisões financeiras racionais e sustentáveis (LEA & WEBLEY, 2006).

Um quadro psicótico que pode levar uma pessoa ao superendividamento é o transtorno delirante persistente, também conhecido como transtorno delirante. Nesse transtorno, o indivíduo pode desenvolver crenças fixas e irracionais que não correspondem à realidade, o que pode incluir a convicção de que precisa adquirir bens ou serviços de maneira compulsiva. Esses delírios podem se manifestar como uma necessidade exagerada de status ou segurança, levando a comportamentos de compra impulsivos e ao acúmulo de dívidas (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013).

Outro quadro que pode contribuir para o superendividamento é o transtorno bipolar, especialmente durante episódios maníacos ou hipomaníacos. Durante essas fases, o indivíduo pode apresentar aumento significativo na atividade, impulsividade e grandiosidade, resultando em decisões financeiras imprudentes, como gastos excessivos em itens não essenciais (MIKLOWITZ & PORTA, 2010). Essa impulsividade, aliada à falta de julgamento crítico, pode rapidamente levar ao superendividamento, criando um ciclo vicioso de estresse financeiro e agravamento dos sintomas (NUSSLOCK & ALLOY, 2017).

Além disso, a esquizofrenia pode resultar em dificuldades financeiras devido a sintomas como desorganização do pensamento e delírios, que podem interferir na capacidade do indivíduo de tomar decisões financeiras racionais (Tsuang et al., 2001). Indivíduos com esquizofrenia podem se encontrar em situações em que não conseguem gerenciar suas finanças adequadamente, resultando em dívidas significativas. Portanto, é crucial que indivíduos diagnosticados com esses quadros psicóticos recebam acompanhamento e tratamento adequados, a fim de prevenir consequências financeiras graves e promover uma melhor qualidade de vida.

5 NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA COM ABORDAGEM DE SAÚDE PÚBLICA AOS CONSUMIDORES SUPERENDIVIDADOS

Embora o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Superendividamento ofereçam mecanismos de proteção, ainda há uma lacuna em relação a legislações específicas que atendam de maneira abrangente as necessidades dos superendividados.

É imprescindível que o legislador atente para a urgência de normas que promovam a renegociação de dívidas, estabeleçam limites para a concessão de crédito e garantam a proteção dos consumidores em situações de vulnerabilidade (SILVA, 2021), entretanto esta abordagem necessita que seja sob olhar de assistencial a saúde pública.

O superendividamento configura-se como uma preocupação significativa no âmbito da saúde pública, em razão de seus efeitos deletérios sobre a vida humana, que incluem a comprometimento da capacidade laboral, o isolamento social, e o desenvolvimento de transtornos como ansiedade e depressão, podendo culminar até em atos extremos como o suicídio. Tal fenômeno ocorre quando um devedor, pessoa física agindo de boa-fé, se encontra em situação de impossibilidade de adimplir suas obrigações financeiras, tanto as presentes quanto as futuras (MACHADO, 2018).

O tema superendividamento não impacta apenas a vida financeira dos consumidores, mas também sua saúde mental. Estudos têm demonstrado que a pressão financeira pode levar a quadros de estresse, ansiedade e depressão. Portanto, é essencial que a abordagem ao superendividamento inclua suporte psicológico e emocional, ajudando os consumidores a lidar com as consequências de suas dívidas e buscando uma recuperação integral (MENDES, 2021).

Neste contexto de saúde pública o consumidor diagnosticado com ansiedade pode, em momentos de crise, tomar decisões impulsivas em relação ao consumo, de modo que venha a contribuir para o seu superendividamento. A ansiedade desperta a necessidade de alívio imediato, levando o indivíduo a buscar conforto em compras impulsivas ou em serviços que não são financeiramente viáveis. Essa busca por alívio pode ser uma forma de enfrentar o desconforto emocional, mas, a longo prazo, resulta em um acúmulo de dívidas e compromissos financeiros que o indivíduo não consegue honrar. Segundo o estudo de KENG, et al. (2013), indivíduos com altos níveis de ansiedade podem exibir comportamentos de compra compulsiva como uma forma de lidar com o estresse, o que se traduz em dificuldades financeiras.

A incapacidade de lidar com o estresse financeiro pode intensificar a ansiedade, criando ciclo vicioso em que a pessoa se vê cada vez mais presa em um labirinto de dívidas, sem a clareza necessária para tomar decisões financeiras racionais e sustentáveis. O endividamento do consumidor é influenciado por uma combinação de fatores econômicos, sociais e psicológicos. Eles encontraram que condições econômicas adversas, como baixa renda

e falta de recursos financeiros, são fortes correlatos do endividamento. Além disso, o apoio social, e atitudes permissivas em relação à dívida, também desempenham um papel significativo (LEA&WEBLEY,2006).

Um quadro psicótico que pode levar uma pessoa ao superendividamento e o transtorno delirante persistente. Nesse transtorno, o indivíduo pode desenvolver crenças fixas e irracionais que não correspondem à realidade, o que pode incluir a convicção de que precisa adquirir bens ou serviços de maneira compulsiva. Esses delírios podem se manifestar como uma necessidade exagerada de status ou segurança, levando a comportamentos de compra impulsivos e ao acúmulo de dívidas (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concessão de crédito é benéfica em uma sociedade de consumo, impulsiona o crescimento e desenvolvimento, contudo, a nossa realidade (brasileira), tem demonstrado que essa concessão massiva, irresponsável, acaba não observando se o tomador desse crédito tem capacidade para adimplir o compromisso financeiro assumido.

O consumidor possuir dívidas, para manter suas necessidades básicas e ter a condição em seu orçamento de adimplir é uma constante na sociedade de consumo, mas o que realmente é preocupante é o crescimento constante de famílias endividadas e superendividadas, sem condições mínimas de adimplir sem que haja um significativo comprometimento da renda necessária para a dignidade de sua subsistência;

Em vários países existem legislações que regulamentam o tema do superendividamento, já no Brasil, carecíamos urgentemente de uma legislação específica, e isso aconteceu com a aprovação Lei 14181/2, que produziu alterações na Lei 8078/90, em benefício do consumidor pessoa física, tendo em seu escopo, a prevenção, repressão e tratamento do superendividamento;

Quando efetivamente essa política pública for colocada em prática, com a prevenção e tratamento do superendividamento, esses milhões de consumidores - hoje amargem da sociedade de consumo - conseguindo adimplir seus compromissos, com certeza vão mudar o panorama econômico, podendo inclusive diminuir o custo financeiro, inadimplência não é bom para nenhum dos envolvidos, tanto devedores quanto credores. A Educação financeira, tem como objetivo orientar o consumidor a usar de forma responsável, consciente, o crédito concedido, e usar isso para a administração de seu orçamento familiar.

Os consumidores que buscam o auxílio dos Órgãos de Proteção e Defesa do

Consumidor, nos relatos feitos no acolhimento de seu pleito, demonstram-se de boa-fé na busca pela solução de um problema criado pela ausência de uma tutela pública que o orientasse adequadamente e principalmente adequadamente, no uso do crédito concedido.

A informação deve ser veiculada de forma adequada, não de forma abusiva como ocorre hoje, principalmente, com o consumidor idoso e detentor de uma renda fixa. Os envolvidos nessas concessões creditícias, devem ser fiscalizados e monitorados pelos órgãos competentes, quando da concessão desses produtos de crédito.

Os órgãos federais precisam urgentemente rever conceitos e autorizações concedidas às instituições financeiras para inclusão de consignados, sejam na forma de cartões ou na forma de empréstimos. A responsabilização por esse tipo de evento é absolutamente urgente e necessária para que esses critérios sejam revistos.

Em nosso atendimento temos diariamente casos de consumidores com uma renda já bem comprometida, empréstimos renovados por um período maior sem solicitação. Além disso, vários de seus dados são vazados, a exemplo do portal “Meu INSS” e “Serasa”, cujas senhas e cadastros não foram feitos por eles, com extrema dificuldade de recuperação, o que nos reporta, sem muitos contornos, para a LGPD (Lei Geral De Proteção De Dados).

A facilidade com que esses dados circulam é impressionante, pois os atingidos, não têm facilidades com plataformas digitais, e são monitorados pelos detentores de seus cadastros, constituindo um círculo vicioso sem fim. Os aposentados são, hoje, os mais assediados, como medida protetiva deveriam ser automaticamente bloqueados a concessão de empréstimos e cartões consignados, os contratos com a assinatura reconhecida por verdadeira e não por semelhança, e na cidade de residência do consumidor, porque dessa forma obrigatoriamente teriam uma cópia dos contratos, o que não acontece hoje, quando os mesmos procuram ajuda na defesa do consumidor.

A proteção ao consumidor, é uma política pública prevista na Carta Magna, medidas como regulamentar a concessão e publicidade do crédito, é urgente e necessária, principalmente dirigida ao consumidor idoso.

O fortalecimento dos Procons, são os convênios com os tribunais de justiça, e núcleos de superendividamento, que seriam uma forma de, nessas audiências, com credores, ter uma programação de pagamento de dívidas sem comprometimento do existencial básico das famílias. A principal vantagem para o consumidor seria a resolução dos graves problemas que representam nas famílias, e aos credores os pagamentos seriam definidos todos ao mesmo tempo, sem privilegiar nenhum.

A Lei 14181/21 trouxe luz e segurança jurídica, custo menor, sem custos aos cofres

públicos, pois já existe a estrutura tanto de recursos humanos como material, na contramão de todos o sistema nacional lutar pela sua aprovação, foram editadas medidas provisórias de aumento de margem para uma já comprometidíssima renda famílias dos brasileirose mais maléficos são os decretos n. 11150/22 e 10887/23 que “regulamentariam” a lei, pois são totalmente fora do contexto da legislação.

O superendividamento é um fenômeno que demanda atenção e ação de todos os setores da sociedade. A proteção do consumidor, a hermenêutica adaptada às novas realidades e a epistemologia do direito consumerista são ferramentas essenciais para enfrentar esse desafio contemporâneo. A construção de um ambiente mais seguro para os consumidores passa pela valorização da dignidade humana e pelo respeito às relações de consumo, promovendo um equilíbrio que beneficie tanto os consumidores quanto os fornecedores.

O superendividamento deve ser abordado como uma questão de saúde pública, considerando suas implicações sociais e econômicas, além do impacto negativo na saúde mental dos indivíduos afetados. Agindo de forma preventiv como implementar políticas que promovam a educação financeira e o acesso a serviços de saúde mental, visando prevenir o ciclo de endividamento e ansiedade, passa a ser uma ação fundamental. Para isso, sugere-se que o exame psicológico realizado por médicos psiquiatras ou psicólogos, como parte do laudo pericial para a concessão de empréstimos bancários, inclua uma avaliação abrangente da saúde mental do solicitante como histórico de transtornos psicológicos, capacidade de gerenciamento financeiro, e níveis de estresse e ansiedade. Essa abordagem pode ajudar a identificar indivíduos em risco de superendividamento e garantir que o crédito seja concedido de forma responsável, contribuindo para a estabilidade financeira e emocional dos cidadãos.

Caracterizado pela incapacidade de honrar dívidas em decorrência de um acúmulo excessivo de obrigações financeiras, o superendividamento demanda abordagem que transite do eixo da judicialização para o eixo preventivo. A judicialização, muitas vezes associada à busca de soluções através do sistema judiciário, não aborda as causas estruturais desse fenômeno, como a falta de educação financeira, o acesso inadequado a informações sobre crédito ou mesmo o transtorno mental provocado pelo superendividamento contínuo ao longo do tempo. Em contraste, uma abordagem preventiva requer a implementação de políticas públicas que promovam a alfabetização financeira, a conscientização sobre os riscos do crédito, o fortalecimento de mecanismos de regulação do mercado financeiro e tratamento abordando a saúde mental do cidadão. Essa mudança de paradigma que necessita de abordagem multidisciplinar e multifacetada extrapolando as ciências jurídicas não apenas visa mitigar o sofrimento individual e social causado pelo superendividamento, mas também contribuir para

a construção de uma sociedade mais informada e resiliente, capaz de tomar decisões financeiras mais conscientes e sustentáveis.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Figueiredo. O problema do superendividamento familiar e a mora da dívida. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1521/O+problema+do+superendiv+idamento+fa+miliar+e+a+mora+da+d%C3%AD\(vida\)](https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1521/O+problema+do+superendiv+idamento+fa+miliar+e+a+mora+da+d%C3%AD(vida)). Acesso em: 07 de mai. de 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento. Elaboração de Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Karen Bertoncello - Brasília: DPDC/SDE, 2010. 41-46 p.

CARVALHO, Diogenes Faria de .(org) **Sociedade de Consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor**. -Diogenes Faria de Carvalho, Vitor Hugo do Amaral Ferreira, Nivaldo Santos (org). Goiania. Editora Espaço Academico. Editora PUC Goiás. 2015.

GALVES, Carlos. **Manual de economia política atual**. 15. ed. Rio de janeiro: Forense. 2004.p. 2836.

MARQUES, Claudia lima. **Algumas perguntas e respostas sobre a prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas**. Doutrinas Essenciais do Direito do consumidor. V2. abr. 2011. Disponível em <http://www.revistadotribunias.com.br/maf/app/resultLis/document>. Acesso em 03.mai. 2021.

MAXIMILIANO, Paulo. Contratos Bancários, Editora Forense, 4ª edição, 2015,p304,Disponível em <https://ricardokalillage.jusbrasil.com.br/artigos/702402133/superendiv+idamento-+conceito-requisitos-consequencias-e-solucoes>.

MIRAGEM, Bruno. **A pandemia de coronavirus, Alteração das Circunstâncias e o Direito de Emergência sobre os contratos**. In: CARVALHOSA, Modesto. KUYEN, Fernando. (Coord.) Impactos Jurídicos e Econômicos da Covid-19. São Paulo: Ed. RT, 607 p.; pp-137-152.

TJRS. Superendividamento do Consumidor. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/novo/institucional/o-tjrs/conselhos-comissoes-e-comites/nupemec/superendividamento-do-consumidor/>. Acesso em 06/05/2021.

ALMEIDA, J. (2020). Educação Financeira: Importância e Desafios. Revista Brasileira de Direito do Consumidor.

BARBOSA, L. (2020). A Necessidade de Educação Financeira na Sociedade Atual. Cadernos de Direito do Consumidor.

CAMPOS, R. (2021). Transparência nas Relações de Consumo: Um Direito Fundamental. Jornal de Direito e Sociedade.

FREITAS, M. (2022). O Impacto da Era Digital no Superendividamento. Revista de Estudos Sociais.

GOMES, P. (2021). O Papel do Ministério Público na Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Público*.

MENDES, T. (2021). Superendividamento e Saúde Mental: Uma Análise Necessária. *Revista Brasileira de Psicologia e Direito*.

OLIVEIRA, S. (2021). Sociedade Civil e Superendividamento: Caminhos para a Conscientização. *Revista de Direito e Cidadania*.

RIBEIRO, A. (2020). Função Social do Contrato: Implicações nas Relações de Consumo. *Revista de Direito Privado*.

SANTOS, J. (2021). Desafios Contemporâneos do Superendividamento. *Revista de Direito e Sociedade*.

KENG, S. L., DHIWAT, A., & BUKHARI, A. (2013). "The Relationship Between Anxiety and Compulsive Buying Behavior." *The Journal of Psychology*, 147(4), 337-358;

LEA, S. E. G., & WEBLEY, P. (2006). The Economic Psychology of Consumer Debt. In: *The Economic Psychology of Consumer Debt*. Psychology Press.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (5th ed.). Arlington, VA: American Psychiatric Publishing, 2013.

NUSSLOCK, R., & ALLOY, L. B. "Biobehavioral Factors in the Onset of Bipolar Disorder: A Review of the Literature." *Clinical Psychology Review*, vol. 27, no. 8, 2017, pp. 1003-1026.

TSUANG, M. T., FARAONE, S. V., & GORDON, R. "Schizophrenia: A Review of the Genetic Epidemiology." *Psychiatric Clinics of North America*, vol. 24, no. 3, 2001, pp. 507-520.

50) Ana Cláudia Almeida Machado; Emílio Peres Facas; Eliane Maria Fleury Seidl. EFEITOS DO SUPERENDIVIDAMENTO SOBRE A QUALIDADE DE VIDA E A SAÚDE MENTAL DE TRABALHADORES BANCÁRIOS: IDENTIFICANDO ESTRATÉGIAS PREVENTIVAS. In: I CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISA EM PREVENÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE, 2018, Brasília. **Anais eletrônicos...** Campinas, Galoá, 2018. Disponível em: <<https://proceedings.science/brapap/papers/efeitos-do-superendividamento-sobre-a-qualidade-de-vida-e-a-saude-mental-de-trab?lang=pt-br>>. Acesso em: 15 Out. 2024.

Código de Defesa do Consumidor. (Lei nº 8.078/1990) – Estabelece normas de proteção e defesa do consumidor.

Lei do Superendividamento* (Lei nº 14.181/2021) – Altera o Código de Defesa do Consumidor para incluir disposições sobre o superendividamento e a proteção dos consumidores.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO APOIO AOS CONSUMIDORES SOBRE-ENDIVIDADOS: ABORDAGENS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS

Michele Alexandra Rodrigues da Costa¹

RESUMO

O sobre-endividamento dos consumidores está a aumentar consideravelmente em Portugal. O sobre-endividamento tornou-se uma questão premente nas economias modernas, afetando tanto o bem-estar financeiro das pessoas quanto a estabilidade e coesão social das famílias. Em Portugal, este fenómeno está a ganhar destaque, especialmente devido às crises económicas recentes, como a crise financeira de 2008, os efeitos prolongados da pandemia de COVID-19 e, mais recentemente, a inflação — eventos que têm pressionado os orçamentos familiares. Este artigo tem como principal objetivo explorar a problemática do sobre-endividamento em Portugal, demonstrando de que forma a mediação e a conciliação podem funcionar como ferramentas essenciais no apoio aos consumidores sobre-endividados.

Palavras-chave: sobre-endividamento; mediação; conciliação; sistemas de apoio RAL. Portugal.

El sobreendeudamiento de los consumidores está aumentando considerablemente en Portugal. El sobreendeudamiento se ha convertido en un problema acuciante en las economías modernas, que afecta tanto al bienestar financiero de las familias como a la estabilidad y cohesión social. En Portugal, este fenómeno está ganando importancia, especialmente debido a las recientes crisis económicas, como la crisis financiera de 2008, los efectos prolongados de la pandemia de COVID-19 y, más recientemente, la inflación, acontecimientos que han ejercido presión sobre los presupuestos familiares. El principal objetivo de este artículo es explorar el problema del sobreendeudamiento en Portugal, proporcionando información sobre cómo la mediación y la conciliación pueden funcionar como herramientas esenciales para apoyar a los consumidores sobreendeudados.

Palabras clave: sobreendeudamiento; mediación; conciliación; sistemas de apoyo; RAL. Portugal.

INTRODUÇÃO

¹ Advogada, Professora Adjunta Convidada no IPB – Escola Superior de Comunicação, Administração e Turismo de Mirandela, Pós-Graduada em Negociação, Mediação e Resolução de Conflitos, pela Universidade Católica do Porto, Mediadora de Conflitos Privada, Conciliadora no SISPACSE, Juíza Social, Licenciada em Direito pela Universidade Lusíada do Porto.

O sobre-endividamento no crédito ao consumo em Portugal está a aumentar exponencialmente. As razões que poderão explicar este agravamento devem-se, em grande parte, às sucessivas crises económicas, como a crise financeira de 2008, a pandemia de COVID-19, as guerras (na Europa e no resto do mundo) e o aumento da inflação — ainda que tenha diminuído de 7,9% em 2022 para 4,3% em 2023²). Todos estes fatores têm pressionado os orçamentos domésticos³.

O referido aumento do chamado “crédito malparado” — que, nos dias de hoje, poderá ser pouco visível, mas que, com toda a certeza, será elevadíssimo no final deste ano e início de 2025 — é uma situação cada vez mais comum. Estamos a assistir a uma acumulação de dívidas por parte de muitas pessoas e famílias, que não estão a conseguir pagar, de forma pontual e consistente, as suas contas.

Numa brevíssima resenha histórica sobre o agravamento do endividamento em Portugal, podemos afirmar que, até à década de 1990, as famílias portuguesas restringiam-se a adquirir bens essenciais para satisfazer as suas necessidades básicas, gerindo de forma controlada os seus gastos. Esta situação alterou-se drasticamente a partir dessa década.

As famílias portuguesas passaram de uma economia focada na poupança para uma economia assente no consumismo em larga escala, refletindo a criação de novas necessidades de consumo e o desejo por bens supérfluos e de luxo⁴. Este novo padrão de consumo fez com que as famílias recorressem, cada vez mais, a satisfazer essas necessidades emergentes através de empréstimos bancários. Assim, não só procuraram crédito para a aquisição de habitação própria e permanente, mas também para a compra de veículos automóveis, viagens, *inter alia*.

Os portugueses aperceberam-se de que ter dinheiro era fácil: bastava um simples telefonema, uma ordem dada online, e o dinheiro aparecia. Como refere Diógenes Faria de Carvalho:

Fazemos parte de uma sociedade de consumidores que julga e avalia seus integrantes principalmente por sua capacidade e conduta relativa ao consumo. Passou-se, então, a ‘viver com’ e não a ‘viver para’; por outras palavras, a era do ‘ser’ deu lugar à era do ‘ter’. A sociedade hodierna é uma sociedade voltada para a cultura de consumo, que reduz o indivíduo à condição de consumidor como consequência da autonomização do sistema de produção⁵.

² Banco de Portugal. (2024). Disponível em <https://www.bportugal.pt/publicacao/boletim-economico-junho-2024>

³ Banco de Portugal. (2024). Disponível em <https://www.bportugal.pt/publicacao/boletim-economico-junho-2024>

⁴ Fundação Francisco Manuel dos Santos. (2015). Três décadas de Portugal Europeu. Disponível em https://www.cedr-n.pt/storage/app/media/files/tres_decadass_pt_europeu.pdf

⁵ Faria de Carvalho, D. (2012). Consumidor Endividado, Vítima do Sistema Cultural. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, v. II, # 1, pp. 60, 61 e 63. <https://core.ac.uk/download/pdf/19896159.pdf>

Segundo o Banco de Portugal:

Nos últimos dois anos, a economia portuguesa enfrentou uma sucessão de choques de origem internacional, que se traduziram numa desaceleração da procura externa, num aumento da inflação e numa maior restritividade da política monetária, implicando um agravamento das condições financeiras⁶.

Constando do Relatório de Estabilidade Financeira do Banco de Portugal, datado de maio de 2023 e divulgado pelo Gabinete de Estratégia e Estudos o seguinte:

O crescimento do crédito ao consumo e o aumento de encargos com o crédito à habitação e bens essenciais contribuíram para um agravamento da situação de endividamento de muitos consumidores. Resultando que a médio e longo prazo, muitas famílias tornaram-se incapazes de poderem honrar e cumprir os seus compromissos bancários⁷.

Dados do Banco de Portugal revelam, ainda, que “cerca de 45% das famílias portuguesas têm dividas⁸.” Esta realidade não só impacta o orçamento familiar como também representa um desafio para as instituições bancárias e financeiras, que lidam com um crescente número de litígios resultantes do incumprimento dos seus contratos de crédito.

Neste contexto, os meios de resolução alternativa de litígios (de ora em diante designados por RAL), com destaque para a mediação e a conciliação, podem e devem ser ponderados como estratégias para a resolução dos conflitos relacionados com o sobre-endividamento. Estas ferramentas proporcionam uma forma mais ágil, acessível e menos onerosa de resolver disputas entre consumidores e credores. Ao invés de recorrer aos tribunais, onde a lentidão e a onerosidade dos processos judiciais são amplamente conhecidas, a mediação e a conciliação devem ser consideradas como meios de promoção do diálogo e da cooperação entre devedores e credores. Assim, permitem que as partes envolvidas cheguem a um acordo que as beneficie.

1 ENDIVIDAMENTO E SOBRE-ENDIVIDAMENTO

Os conceitos de endividamento e sobre-endividamento apresentam distinções fundamentais para compreender o impacto que exercem sobre as pessoas, as famílias e a

⁶ Banco de Portugal. (2024). Disponível em https://www.bportugal.pt/napp_wrapper/130018

⁷ Gabinete de Estratégia e Estudos. (2024). Disponível em <https://www.gee.gov.pt/pt/indicadores-diarios/ultimos-indicadores/32864-relatorio-de-estabilidade-financeira-banco-de-portugal-7>

⁸ Banco de Portugal. (2023). Disponível em <https://www.bportugal.pt/page/inquerito-situacao-financeira-das-familias>.

economia em geral. Enquanto o endividamento é uma prática comum e, em muitos casos, necessária para o funcionamento de uma economia moderna, o sobre-endividamento reflete um estágio mais grave, no qual os consumidores perdem a capacidade de cumprir ou honrar os compromissos financeiros assumidos.

O endividamento ocorre quando uma pessoa ou família possui dívidas, seja por meio de empréstimos bancários, cartões de crédito ou outras formas de financiamento. Trata-se de uma prática comum em diversos países, incluindo Portugal, onde muitas pessoas e famílias assumem compromissos financeiros a longo prazo.

O endividamento refere-se à situação em que uma pessoa ou família possui dívidas, seja por meio de empréstimos bancários, cartões de crédito ou outras formas de financiamento. Trata-se de uma prática comum em diversos países, incluindo Portugal, onde muitas pessoas e famílias assumem compromissos financeiros de longo prazo. Nas palavras de Catarina Frade:

Entende-se por endividamento o saldo devedor de um agregado familiar. Pode resultar apenas de um compromisso de crédito ou de mais do que um em simultâneo, utilizando-se, neste último caso, o conceito de multiendividamento⁹.

O endividamento será considerado saudável quando os consumidores conseguem gerir as suas obrigações financeiras de forma equilibrada, ou seja, quando o montante de crédito contraído estará em conformidade com a sua capacidade real de pagamento.

Por outro lado, o sobre-endividamento ocorre quando uma pessoa ou família contrai um grau de dívida tão elevado que se torna incapaz de honrar as obrigações financeiras regulares, tais como o pagamento de créditos (habitação, automóvel, *revolving*, *inter alia*), de despesas essenciais (alimentação, eletricidade, saneamento, saúde, *inter alia*), ou de quaisquer outros compromissos financeiros assumidos.

O sobre-endividamento torna-se uma situação mais crítica, onde as dívidas acumuladas são tão elevadas que a pessoa ou família já não consegue honrar os seus pagamentos. Para Catarina Frade:

Fala-se de sobreendividamento activo quando as dificuldades financeiras que comprometem o pagamento regular das obrigações resultam de um comportamento

⁹ Frade, C. (et al). (2017). O endividamento dos consumidores em Portugal: questões principais, 1. Introdução, página 13. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/41545/1/O%20endividamento%20dos%20consumidores%20em%20Portugal.pdf>.

doloso ou negligente do devedor¹⁰.” e “por sobreendividamento passivo entendem-se as situações em que a impossibilidade de pagamento decorre da verificação de um acontecimento anormal na vida do devedor, de um ‘acidente de vida’ ou infortúnio, que o impedem de continuar a cumprir pontualmente com as suas obrigações financeiras¹¹.

A definição de sobre-endividamento envolve um estado crónico de incapacidade de pagar os compromissos financeiros assumidos, que pode ser agravado pela falta de literacia financeira, imprevistos económicos, perda de emprego ou crises, como a pandemia de COVID-19. Esta situação não afeta apenas o bem-estar financeiro da pessoa ou família, mas também tem impactos emocionais e sociais profundos, contribuindo para problemas de saúde mental e disfunções familiares.

Fatores económicos e pessoais — como o aumento das taxas de juro, a inflação, o desemprego e eventos inesperados (como pandemias ou crises financeiras) que reduzem o rendimento disponível dos consumidores —, aliados à falta de planeamento ou educação financeira e a hábitos de consumo inadequados, levam ao uso excessivo do crédito para cobrir despesas correntes, contribuindo largamente para o aumento do sobre-endividamento. Também os chamados “acidentes da vida”, como o divórcio, a doença ou o falecimento de um dos membros do agregado familiar, podem reduzir significativamente o rendimento da família, tornando impossível manter os pagamentos regulares dos créditos contraídos.

Podemos, pois, aferir que a principal diferença entre o endividamento e o sobre-endividamento reside na capacidade de gerir e cumprir as obrigações financeiras assumidas. No endividamento saudável, a pessoa ou a família consegue equilibrar os seus compromissos com o rendimento disponível, sem comprometer o seu bem-estar. Já no sobre-endividamento, as dívidas superam essa capacidade, podendo levar à insolvência ou a um risco elevado de incumprimento dos pagamentos.

Catarina Frade refere, ainda, que “o crédito aos consumidores constituiu, em Portugal, nos últimos anos, a maneira de muitas famílias poderem melhorar a sua qualidade de vida. Contudo, o sobre-endividamento é a outra face da democratização do crédito. Como se provou em diferentes países, ao alargar o endividamento potenciamos sempre o sobre-endividamento, ainda que a dimensão do problema dependa de muitas variáveis como a educação financeira, o sistema de segurança social e o comportamento do mercado de trabalho.

¹⁰ Frade, C. (2012). Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas, página 13. I Congresso De Direito Da Insolvência. Coimbra: CES. Disponível em https://www.ces.uc.pt/ficheiros/behav/Frade_Sobreendividamento_e_solucoes_extrajudiciais.pdf

¹¹ Frade, C. (2012). Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas, página 13. I Congresso De Direito Da Insolvência. Coimbra: CES. Disponível em https://www.ces.uc.pt/ficheiros/behav/Frade_Sobreendividamento_e_solucoes_extrajudiciais.pdf

Tem-se comprovado que o desemprego ou a precarização do emprego constituem uma das suas causas principais, seja qual for o país e a distribuição do crédito¹².”

De todo o exposto supra, resultam consequências graves de ordem financeira, psicológica, emocional e social para os sobre-endividados. Estas consequências vão desde o incumprimento do pagamento dos créditos contraídos, com a consequente cobrança de juros de mora — que pode desencadear processos judiciais, penhoras ou até insolvência pessoal — até crises de ansiedade, depressão e problemas graves de saúde mental. A incapacidade de cumprir as obrigações financeiras assumidas afeta também a vida familiar e social, conduzindo à perda da qualidade de vida dos sobre-endividados.

Um dos fatores que pode agravar a situação de sobre-endividamento é o recurso ao crédito para pagamento das despesas correntes e/ou a utilização do crédito revolving com taxas de juro elevadas, isto é, o uso habitual de cartões de crédito para cobrir despesas quotidianas. Muitas pessoas e famílias acabam por entrar numa espiral de endividamento, contraindo novas dívidas junto das instituições bancárias e financeiras para pagar dívidas anteriores, o que as coloca numa situação de risco financeiro extremo.

Neste contexto, a educação financeira é fundamental para prevenir e combater o endividamento, promovendo uma gestão consciente do orçamento familiar e evitando a acumulação de dívidas. É igualmente necessário que as instituições bancárias e financeiras sejam mais criteriosas na concessão de crédito ao consumo e que as pessoas desenvolvam uma maior consciência sobre a importância do planeamento financeiro adequado.

A prevenção do sobre-endividamento passa por medidas de literacia financeira, educação sobre o uso responsável do crédito e sensibilização para a importância do planeamento financeiro.

Para auxiliar aqueles que enfrentam risco de endividamento, o governo português implementou uma legislação que regula o processo de renegociação de dívidas, permitindo que pessoas com dificuldades financeiras possam renegociar as suas dívidas junto das instituições de crédito em casos de risco de incumprimento. Esta legislação também abrange a regularização extrajudicial das situações de incumprimento das obrigações por parte dos clientes bancários em relação aos contratos de crédito, estabelecendo princípios e regras que essas instituições devem obedecer. Adicionalmente, foi criada uma rede de apoio a esses clientes no âmbito da prevenção do incumprimento (de ora em diante denominada por RACE), que iremos desenvolver no ponto 2.

¹² Frade, C. (2007). A Regulação do Sobreendividamento, Tese de Doutoramento apresentada à FEUC, Coimbra, pp. 79, ss.

2 SISTEMAS DE APOIO AO SOBRE-ENDIVIDAMENTO

Com a reforma da ação executiva, através da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, foram introduzidas medidas que visavam criar mecanismos acessíveis e eficientes para evitar o recurso a ações judiciais. Dentre essas medidas, destaca-se a implementação de sistemas de apoio ao sobre-endividamento¹³, que consistem num conjunto de soluções disponíveis para pessoas sobre-endividadas, oferecidas por entidades cuja atividade, reconhecida pelo Ministério da Justiça, se destina a prestar orientação, fornecer informações e auxiliar na elaboração de um plano de pagamentos. Essas entidades utilizam procedimentos como negociação, conciliação ou mediação¹⁴.

A inclusão desses mecanismos visa, por um lado, restabelecer a saúde financeira dos executados de maneira sustentável e, por outro, facilitar a recuperação de créditos por parte dos exequentes, que, de outro modo, seriam de difícil cobrança. Além disso, busca criar um elo entre o sistema judicial e as entidades que oferecem suporte às pessoas sobre-endividadas, promovendo a oportunidade de os executados (devedores) recorrerem a entidades especializadas que os auxiliem na elaboração de um plano de pagamentos que beneficie tanto os devedores quanto os exequentes (seus credores). A adesão, por parte dos executados, a esse plano de pagamentos e o seu cumprimento pontual levam à suspensão do nome destes no registo da lista pública de execuções, relativamente a execuções finalizadas por falta de pagamento do devedor¹⁵.

Foi ainda aprovado, pelo Decreto-Lei n.º 105/2020, de 23 de dezembro, o Sistema Público de Apoio à Conciliação no Sobre-Endividamento (de ora em diante designado por SISPACSE), que se destina aos devedores, pessoas singulares com residência no território nacional, que se encontrem em situação de mora (atraso no pagamento), na sua iminência ou até em situação de incumprimento definitivo de obrigações de natureza pecuniária. Podem, ainda, incluir-se nesta categoria de devedores os empresários em nome individual¹⁶.

¹³ Direção-Geral da Política da Justiça. (2024). Disponível em <https://Direção-Geral da Política de Justiça.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Sistemas-de-apoio-ao-sobre-endividamento/Reconhecimento-de-sistemas-de-apoio-ao-sobre-endividamento>

¹⁴ Direção-Geral da Política da Justiça. (2024). Disponível em <https://Direção-Geral da Política de Justiça.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Sistemas-de-apoio-ao-sobre-endividamento>

¹⁵ Lei n.º 23-A/2022, de 09 de dezembro, na sua versão atual.

¹⁶ Direção-Geral da Política da Justiça. (2024). Disponível em <https://Direção-Geral da Política de Justiça.justica.gov.pt/sispacse>

O SISPACSE promove a justa resolução de litígios relacionados com o não cumprimento das obrigações pecuniárias, disponibilizando ao devedor e aos seus credores um sistema baseado no acordo de soluções com a participação de todos os interessados, que são apoiados por um profissional habilitado a utilizar técnicas que promovam esse mesmo acordo¹⁷ denominado por conciliador.

Para iniciar este procedimento, o devedor deve indicar o nome completo e os dados de contacto dos seus credores, a origem, o valor e a data de vencimento dos créditos. A função do conciliador será organizar sessões informativas e iniciar as negociações entre o devedor e o seu credor, visando alcançar um acordo entre as partes e evitando, assim, o recurso aos tribunais.

A atividade do SISPACSE, as regras sobre a inscrição, remuneração e formação de conciliadores que prestam atividade no referido sistema, bem como a organização das listas públicas dos conciliadores, estão regulamentadas na Portaria n.º 86/2021, de 16 de abril. O sistema entrou em funcionamento a 30 de setembro de 2021, tendo sido submetidos, até 31 de dezembro de 2021, 15 pedidos de intervenção¹⁸.

Ainda na senda da implementação dos mecanismos de apoio ao sobreendividamento foi criada, pelo Decreto-Lei 227/2012, de 25 de outubro conjugado com a Portaria n.º 2/2013, de 2 de janeiro, a RACE¹⁹, esta rede visa acompanhar os clientes bancários que estejam com dificuldades no cumprimento dos seus contratos de crédito. É composta por entidades que obedecem aos princípios de independência, imparcialidade, legalidade e transparência, e têm como missão informar, aconselhar e acompanhar, de forma gratuita, os clientes bancários que se encontrem em risco de incumprimento ou que já tenham prestações em atraso. A rede é constituída por pessoas coletivas de direito público ou privado, reconhecidas pela Direção-Geral do Consumidor, após parecer do Banco de Portugal²⁰, estão autorizadas a prosseguir as atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem, tendo como missão informar o cliente bancário sobre os seus direitos e deveres em caso de risco de incumprimento, no âmbito do procedimento extrajudicial de regularização de situações de incumprimento (PERSI).

Apoiam o cliente bancário na análise das propostas apresentadas pelas instituições de crédito no âmbito do plano de ação para o risco de incumprimento (PARI), avaliam a sua

¹⁷ Direção-Geral da Política da Justiça. (2024). Disponível em <https://servicos.tribunais.org.pt/servicos/faq/sispacse/guia-do-devedor/>

¹⁸ Ministério da Justiça (2022) Disponível em https://justica.gov.pt/Portals/0/Ficheiros/Organismos/JUSTICA/RelatorioJustica_2015-2020_fev22.pdf.

¹⁹ Banco de Portugal. (2024). Disponível em <https://clientebancario.bportugal.pt/pt-pt/rede-de-apoio-ao-cliente-bancario>

²⁰ Banco de Portugal. (2024). Disponível em <https://www.apb.pt/content/files/BrochuraIncumprimentoA4.pdf>

capacidade de endividamento e o acompanham durante a negociação com as instituições de crédito. A atuação das entidades que integram a RACE termina se for proposta uma ação judicial pela instituição de crédito relacionada com o contrato de crédito a que se refere o apoio prestado.

Associações como a apDC²¹ (Associação Portuguesa de Direito do Consumo) desempenham um papel essencial na prevenção e apoio aos consumidores e às famílias, oferecendo serviços de aconselhamento financeiro e mediação com credores, estas associações integram a RACE²².

3 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO SISTEMAS DE APOIO AO SOBRE-ENDIVIDAMENTO NO CRÉDITO AO CONSUMO EM PORTUGAL

No caso do sobre-endividamento, os meios alternativos de resolução de conflitos podem ser uma forma eficaz de ajudar as pessoas e as famílias a saírem dessa situação difícil e a restabelecerem a sua saúde financeira. A mediação e a conciliação são duas formas de resolução de conflitos que podem e devem ser utilizadas para evitar litígios judiciais. Embora tenham objetivos semelhantes, existem diferenças entre esses dois procedimentos.

A mediação e a conciliação podem parecer similares num primeiro momento, pois ambas envolvem a participação de um profissional neutro e isento. No entanto, a escolha entre esses dois métodos, como sistemas de apoio ao sobre-endividamento no crédito ao consumo em Portugal, depende da natureza do conflito e das preferências das partes envolvidas. Vejamos as principais diferenças:

A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, também designada por Lei da Mediação (LM), constitui um marco na regulamentação da mediação nacional no panorama dos meios RAL.

Desde logo, no seu Capítulo II, são estabelecidos os princípios gerais aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal. Nos artigos 3.º a 9.º, são abordados os seguintes princípios: o da voluntariedade (artigo 4.º), o da confidencialidade (artigo 5.º), o da igualdade e da imparcialidade (artigo 6.º), o da independência (artigo 7.º), o da competência e da responsabilidade (artigo 8.º) e o da executoriedade (artigo 9.º). Estes princípios devem ser escrupulosamente cumpridos por todos os mediadores, e a sua violação implica a imposição de sanções disciplinares e/ou civis a estes.

Por sua vez, o Capítulo III estabelece as regras que regulam a mediação civil e comercial, bem como as regras referentes à mediação pré-judicial, com especial ênfase no artigo

²¹ APDC (2024). Disponível em <http://www.xn--associaoportuguesadedireitodoconsumo-48c5m.pt/>

²² Banco de Portugal. (2024). Disponível em <https://cliente bancario.bportugal.pt/entidades-da-race>

11.º, que menciona que os litígios que respeitem a interesses de natureza patrimonial, ou seja, todos aqueles que possam ser avaliáveis em dinheiro, podem ser submetidos a mediação. O Capítulo III, relativo à mediação civil e comercial, consagra, no seu artigo 14.º, a possibilidade de homologação do acordo obtido em mediação. Isto é, o acordo é formalizado por escrito e tem força de título executivo, permitindo que seja instaurada uma execução em caso de incumprimento do mesmo.

A mediação é um procedimento voluntário e autocompositivo em que as partes são auxiliadas por um mediador especializado, um terceiro imparcial que não tem o poder de julgar ou decidir, mas sim de facilitar a comunicação. O mediador pode auxiliar os mediados a negociar e a chegar a um acordo que beneficie ambas as partes.

O mediador deve ser uma pessoa imparcial e qualificada, sujeita aos princípios legais estabelecidos na Lei da Mediação (LM), já elencados supra, devendo, ainda, facilitar a comunicação entre as partes, identificando as necessidades e interesses dos mediados, diligenciando pela obtenção de soluções que sejam profícuas e benéficas para ambas. Essas soluções devem ser céleres, justas, razoáveis, de baixo custo e com tempo de resposta muito curto.

No nosso entender, e como referido supra, a mediação é útil nos casos em que o sobre-endividado, apesar de se encontrar numa situação de extrema dificuldade financeira para honrar os compromissos assumidos dentro do prazo estabelecido, tem condições para proceder ao pagamento das dívidas, desde que lhe seja concedido um prazo mais dilatado e consiga um perdão de juros e de outros encargos inerentes aos empréstimos assumidos.

Destarte, se atentarmos a todo o procedimento da mediação, podemos aferir que a sua aplicação pode ser útil nos casos de sobre-endividamento, ajudando os devedores a negociar melhores condições de pagamento com os seus credores. Isso pode ser feito através da obtenção de alternativas personalizadas e criativas, propostas pelos próprios mediados, de forma a manter as relações económico-sociais entre si.

A mediação pode trazer vários benefícios para as famílias portuguesas que enfrentam situações de sobre-endividamento. Conforme já mencionado, a mediação é um procedimento caracterizado pela sua natureza voluntária e confidencial, no qual um mediador auxilia as partes envolvidas a identificar soluções mutuamente satisfatórias para ambas.

Este mecanismo pode evitar ou mitigar a necessidade de recorrer a processos judiciais, que frequentemente são demorados, dispendiosos e emocionalmente desgastantes para as famílias. A mediação facilita o diálogo e a cooperação entre as famílias devedoras e os credores, permitindo uma renegociação das dívidas que esteja mais alinhada com a situação

financeira e pessoal de cada agregado familiar. Ademais, contribui para a preservação e recuperação da dignidade, autonomia e responsabilidade das famílias, que são incentivadas a participar ativamente na resolução dos problemas que, de forma consciente ou inconsciente, contribuíram para a sua situação de sobre-endividamento.

No nosso entender, a mediação pode promover a educação financeira e a prevenção do sobre-endividamento, ajudando as pessoas e as famílias a adotarem hábitos de consumo mais conscientes e sustentáveis.

Portanto, a mediação pode ser uma ferramenta útil para os consumidores sobre-endividados, pois pode oferecer-lhes uma alternativa mais rápida, económica e humana para resolver os seus conflitos com os credores.

Considerando a ainda limitada divulgação sobre esta forma de resolução de conflitos, e para aqueles que procuram este procedimento em Portugal, parece-nos pertinente uma breve dissertação sobre como localizar um mediador. Assim para encontrar um mediador em Portugal, existem várias opções disponíveis. Uma delas consiste em consultar a lista de mediadores privados organizada pela Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), a qual contém os mediadores qualificados para realizar mediações em Portugal, independentemente da matéria em questão. A inscrição nessa lista assegura que o acordo de mediação tenha força executiva, dispensando a necessidade de homologação judicial²³²⁴.

Outra alternativa é recorrer aos sistemas públicos de mediação geridos pela DGPJ, os quais abrangem diversas áreas, incluindo família, trabalho, penal e cível. Dentro desses subsistemas, os mediadores são criteriosamente formados e selecionados pela DGPJ, oferecendo os seus serviços mediante o pagamento de uma taxa reduzida²⁵.

Com a ajuda de um mediador, é possível encontrar soluções criativas e viáveis para pagar as dívidas assegurando, ao mesmo tempo, a integridade do orçamento pessoal e a continuidade das atividades diárias. O mediador deve, inicialmente, realizar uma avaliação detalhada da situação financeira do sobre-endividado e, a partir dessa análise, procurar soluções que permitam o pagamento das obrigações financeiras sem comprometer a subsistência básica da pessoa ou família.

²³ Direção-Geral da Política da Justiça. (2022). Disponível em <https://Direção-Geral da Política de Justiça.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Mediacao/Lista-de-mediadores-privados>.

²⁴ Costa, M. (2023) O endividamento das famílias portuguesas pós-pandemia: recurso à mediação e à conciliação, como formas de mitigar o problema, página 64. Trabalho no âmbito de obtenção do título de especialista apresentado no Instituto Politécnico de Bragança.

²⁵ Direção-Geral da Política da Justiça. (2022). Disponível em <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Mediacao/Sistemas-Publicos-de-Mediacao>

A relevância do recurso à mediação em situações de sobre-endividamento pode ser ilustrada através de um exemplo prático: um consumidor que enfrenta múltiplas dívidas relacionadas com o crédito ao consumo e cartões de crédito solicita a intervenção da associação apDC para agendar uma sessão de mediação com os seus credores. Durante a fase de negociação, o mediador, após conduzir as sessões conjuntas e privadas com as partes envolvidas, consegue facilitar o diálogo entre elas, promovendo a criação e a apresentação e a apresentação de opções, de modo a que as partes cheguem a acordo desenvolvendo um plano de pagamento prestacional que envolve tanto a redução das taxas de juro e o valor dos encargos, como o alargamento do prazo de pagamento. *In casu*, as partes chegam a um entendimento, com a ajuda do mediador e sem recorrerem aos tribunais, permitindo ao devedor evitar a sua insolvência pessoal e recuperar o controlo das suas finanças e ao credor ser ressarcido do seu crédito.

Adicionalmente, a conciliação emerge como uma ferramenta de relevância significativa em situações onde o sobre-endividado demonstra uma capacidade de pagamento, mas necessita renegociar os termos contratuais com os credores. A conciliação é um procedimento no qual as partes envolvidas em um conflito procuram alcançar um consenso por meio da intervenção de um terceiro imparcial (conciliador).

Esse profissional pode ajudar a identificar os interesses das partes e encontrar soluções que atendam a todos. O acordo é formalizado por escrito e tem força de título executivo, ou seja, pode ser acionado judicialmente caso haja incumprimento. Também a relevância do recurso à conciliação em situações de sobre-endividamento pode ser ilustrada através de um exemplo prático: um casal que enfrenta dificuldades financeiras extremas decorrentes da perda de emprego por parte de um dos cônjuges, e que não obteve sucesso na implementação quer do PARI quer do PARSI com seu banco, recorre ao SISPACSE, para através da intervenção do conciliador, renegociar sua dívida, evitando, assim, o litígio judicial. O conciliador apresenta uma proposta ao banco credor, que a aceita, que passaria por uma suspensão temporária dos pagamentos e uma redução das prestações futuras, permitindo ao casal manter a sua casa de habitação enquanto recuperava a estabilidade financeira.

Acreditamos que a implementação da mediação e da conciliação representa abordagens eficazes para enfrentar o sobre-endividamento em Portugal, assegurando que os direitos dos devedores sejam respeitados e que o sistema financeiro opere de maneira justa e eficiente.

Conforme mencionado, esses meios alternativos de resolução de conflitos oferecem diversas vantagens em comparação ao litígio judicial, como a celeridade, a redução de custos e a oportunidade para que as partes cheguem a soluções mais criativas e personalizadas.

No nosso entendimento a implementação dos procedimentos de mediação e de conciliação poderão ser considerados como um balsamo para o combate à crise jurisdicional que assistimos, uma vez que possibilitam a obtenção de soluções de forma pacífica e conjunta, muitas vezes sem a necessidade de recorrer aos tribunais, o que contribuiria, amplamente, para o descongestionamento processual, bem como evitar-se-iam os avultados custos judiciais e a morosidade das decisões judiciais.

Estes dois procedimentos podem ser adotados pelas partes para resolverem o seu conflito e é a partir dessa decisão, que tanto os mediadores quanto os conciliadores atuam guiados por princípios previstos em lei: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes. Ambos os procedimentos podem e devem ser utilizados para resolver uma ampla variedade de disputas, como conflitos familiares, comerciais, laborais, entre outros. As vantagens da conciliação e mediação incluem a redução do tempo e custos associados ao litígio judicial, maior controle das partes sobre a resolução do conflito e a possibilidade de preservar relacionamentos futuros²⁶.

4 VANTAGENS, DIFICULDADES E RESTRIÇÕES DA IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO NA REDUÇÃO DO ENDIVIDAMENTO

Conforme explanado supra, a mediação e a conciliação são mecanismos de resolução alternativa de litígios que envolvem a intervenção de um terceiro imparcial, que ajuda as partes a comunicar, a negociar e a chegar a um acordo satisfatório para ambas. A diferença entre a mediação e a conciliação é que o mediador limita-se a facilitar o diálogo entre as partes, sem poder emitir opinião ou propor soluções, enquanto que o conciliador pode intervir mais ativamente na conversa, analisando as posições das partes e sugerindo possíveis soluções²⁷.

²⁶ Costa, M. (2023) O endividamento das famílias portuguesas pós-pandemia: recurso à mediação e à conciliação, como formas de mitigar o problema, página 57. Trabalho no âmbito de obtenção do título de especialista apresentado no Instituto Politécnico de Bragança

²⁷ Costa, M. (2023) O endividamento das famílias portuguesas pós-pandemia: recurso à mediação e à conciliação, como formas de mitigar o problema, página 59. Trabalho no âmbito de obtenção do título de especialista apresentado no Instituto Politécnico de Bragança

Tanto a implementação da mediação como da conciliação apresentam vantagens significativas para as pessoas e as famílias sobre-endividadas, uma vez que permitem a resolução de conflitos com os credores de forma rápida, pacífica e consensual, evitando o recurso aos tribunais e os custos associados. Embora esses dois procedimentos partilhem semelhanças, é importante ressaltar que existem diferenças intrínsecas na condução dos mesmos e nas funções desempenhadas pelos profissionais envolvidos, seja o mediador ou o conciliador.

Como principais vantagens poderemos referir:

- Rapidez na resolução do conflito entre devedores e credores, os processos judiciais podem arrastar-se durante meses ou até anos, enquanto a mediação e a conciliação tendem a ser muito mais rápidas oferecendo uma solução mais célere quando comparadas com os processos judiciais;
- Os custos associados a estes procedimentos são substancialmente mais baixos do que nos processos judiciais, já que há menos despesas com advogados, custas judiciais e outros custos associados a um litígio processual;
- Flexibilidade e criatividade, as partes têm mais controlo sobre o resultado, podendo as soluções ser adaptadas às necessidades e interesses de ambas as partes, permitindo acordos criativos que não seriam possíveis num tribunal. Os acordos podem incluir prazos de pagamento mais alargados, perdão parcial da dívida ou outras medidas que ajudem a pagar mesma;
- Preservação das relações, a mediação e a conciliação promovem um ambiente de diálogo e cooperação, em vez de conflito;
- Confidencialidade, as sessões de mediação e conciliação são confidenciais, permitindo que ambas as partes discutam as suas situações financeiras sem receio da exposição pública, algo que pode acontecer em processos judiciais;
- Maior controlo das partes, em ambos os procedimentos, as partes têm maior controlo sobre o resultado, não estando sujeitas a uma decisão imposta por um tribunal, o que frequentemente resulta em acordos mais satisfatórios e adequados às suas realidades, gerando uma maior satisfação no cumprimento do acordo alcançado.

Como dificuldades poderemos aludir:

- Falta de informação, a mediação e a conciliação ainda são pouco conhecidas pela população em geral, o que dificulta a sua implementação e consequente utilização
- Falta de vontade para negociar por parte dos credores (instituições bancárias e financeiras/bancárias), para que a mediação ou a conciliação sejam eficazes, ambas as partes

devem estar dispostas a negociar de boa-fé. a mediação e a conciliação dependem da vontade e da cooperação das partes, que devem estar dispostas a participar no procedimento e a aceitar o acordo alcançado. Se uma das partes não aderir ou não cumprir o acordo, o processo pode fracassar e o conflito pode persistir ou agravar-se;

➤ Desigualdade de poder entre as partes, pode haver um desequilíbrio de poder entre credores e devedores, especialmente quando os credores são grandes instituições bancárias e financeiras. Se uma das partes tiver mais poder ou informação do que a outra, pode tirar vantagem da situação e impor as suas condições. Este desequilíbrio pode dificultar um acordo justo, já que o devedor pode sentir-se pressionado a aceitar condições desfavoráveis;

➤ O mediador ou o conciliador pode não ter conhecimento qualificado/especializado em endividamento, o sucesso da mediação ou conciliação depende em grande parte da capacidade do mediador ou conciliador. Se o profissional não estiver devidamente especializado/qualificado em endividamento, poderá não conseguir facilitar um acordo justo ou equilibrado entre as partes;

➤ Resolução limitada a questões específicas, a mediação e a conciliação focam-se em resolver os problemas imediatos de endividamento. No entanto, não resolvem, necessariamente, as causas subjacentes do problema financeiro, como a falta de planeamento financeiro, má gestão financeira ou práticas de crédito inadequadas.

Ainda como limitações poderemos mencionar:

➤ Acordos não vinculativos (Mediação), na mediação, o acordo alcançado não é automaticamente vinculativo. Isto significa que, se uma das partes não cumprir o que foi acordado, a outra parte pode ter de recorrer aos tribunais para forçar o cumprimento. O mediador não tem poder de decisão nem de imposição de soluções. Em contrapartida, na conciliação, o acordo pode ser formalizado e ter efeitos jurídicos mais rapidamente;

➤ Dificuldade em implementar os acordos, mesmo que se chegue a um acordo, os devedores podem ter dificuldades em cumpri-lo devido à sua situação financeira frágil, pode haver incumprimento;

➤ Falta de uma solução definitiva, embora a mediação e a conciliação possam ajudar a aliviar a pressão do endividamento num curto prazo, podem não ser suficientes para resolver completamente problemas de endividamento crónico ou estrutural;

➤ A mediação e a conciliação não são aplicáveis a todos os tipos de dívidas ou de credores, pois existem algumas restrições legais ou contratuais que podem impedir ou dificultar

o recurso àquelas. Por exemplo, as dívidas fiscais ou à segurança social não podem ser objeto de mediação²⁸.

Portanto, é possível concluir que a utilização da mediação e da conciliação como estratégias para mitigar o problema do sobre-endividamento apresenta um potencial promissor; contudo, não devem ser consideradas soluções milagrosas ou universais. As pessoas e famílias sobre-endividadas devem realizar uma avaliação criteriosa de sua situação financeira e das suas reais capacidades económicas antes de optarem pela mediação ou pela conciliação.

Em suma, o sobre-endividamento constitui uma problemática crescente em Portugal, mas existem diversas alternativas disponíveis para auxiliar as pessoas e as famílias com dificuldades financeiras. É imperativo que as instituições bancárias e financeiras adotem critérios mais rigorosos na concessão de crédito ao consumo, ao passo que a população deve estar mais consciente da relevância do planeamento financeiro.

Seria pertinente que tanto as instituições bancárias, como as instituições que concedem créditos fossem “obrigadas” assim que, constatassem que os seus clientes/mutuários entrassem em situações de sobre-endividamento, a “lançar mão” da mediação ou da conciliação como forma de evitarem a instauração de ações executivas, evitando, assim, sobrecarregar os tribunais judiciais.

No nosso entendimento deveria haver uma alteração da legislação portuguesa no que concerne à implementação dos mecanismos RAL, isto porque, em Portugal não foi adotado um sistema de mediação obrigatória²⁹, contrariamente a outros países, tais como a Argentina³⁰ que promulgou a Lei n.º 24.573 de 1995, mantida pela Lei n.º 26.589 de Mediação e Conciliação, promulgada em 3 de Maio de 2010, que no seu artigo 28º prevê uma multa para quem não compareça à mediação ou no Reino Unido³¹ com a promulgação das Pre-action protocols e as Civil Procedure Rules (CPR) que estabelecem que se as partes não cumprirem o recurso a um ADR poderão pagar custas pelo incumprimento ou, ainda, a Itália³² que promulgou

²⁸ Costa, M. (2023). O endividamento das famílias portuguesas pós-pandemia: recurso à mediação e à conciliação, como formas de mitigar o problema, página 69. Trabalho no âmbito de obtenção do título de especialista apresentado no Instituto Politécnico de Bragança.

²⁹ Jerónimo, M. (2018). Reflexão sobre a Constitucionalidade da Mediação Pré-Processual Obrigatória, páginas 117-122. Disponível em Revista Eletrónica de Direito. file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/Artigo%20Maria%20Jer%C3%B3nimo.pdf

³⁰ Governo de Argentina. (1996). Disponível em <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24573-1995-29037>

³¹ Ministry of Justice UK. (2022). Disponível em https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct

³² Portal Europeu da Justiça. (2024) Disponível em https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-it-pt.do?member=1

o Decreto Legislativo n.º 28/2010 onde é imposto o recurso à mediação antes de se recorrer a outros meios de resolução do litígio e nos termos do artigo 12.º:

Quando todas as partes na mediação sejam assistidas por um advogado, o acordo a assinar pelas partes e pelos próprios advogados constitui um título executivo para efeitos de expropriação coerciva, da obrigação de transferência de determinados bens (*esecuzione per consegna e rilascio*), do cumprimento de uma obrigação de facto positivo ou de facto negativo e do registo de uma hipoteca judicial.³³

Tal como estabelecido nesses países, também em Portugal deveria estar implementada a obrigatoriedade do recurso à pré-mediação, sobretudo nos casos de conflitos entre os mutuários e as instituições de crédito, antes de recorrerem ao sistema judicial, refletindo essa alteração – pré-mediação obrigatória-, através da alteração dos artigos 12º e 13º da Lei da Mediação e do artigo 533º nº 4 do Código de Processo Civil, onde passaria a constar a menção da obrigatoriedade da assistência a uma sessão de pré-mediação, sob pena de, tal como acontece, por exemplo, em Itália, ser aplicada uma multa em caso de não comparência, pelas partes, à mesma.

Ou, em alternativa, a obrigatoriedade de, previamente, à instauração das ações judiciais, (sobretudo pelas instituições bancárias e financeiras), de recorrerem à mediação, ou, de pelo menos, prestarem informações aos seus devedores, da possibilidade de assistirem a uma sessão de pré-mediação, quando a mesma é solicitada pelos devedores, tal como já acontece no SISPACSE, na qual se explicaria às partes, em que consiste e para que serve a mediação, aferindo-se da sua predisposição para um possível acordo em sede de mediação, como meio alternativo de resolução de conflitos, com recurso a profissionais altamente qualificados e devidamente certificados, como forma de resolução “pacífica” das situações, per si, periclitantes³⁴.

A mediação e a conciliação integradas como um mecanismo de recurso prévio à ação judicial podem e devem ser vistas como meios complementares à Justiça que, em conjunto com os demais meios de resolução alternativa de litígios, conseguiriam aquilo que há tanto tempo se almeja: uma afetação mais racional dos recursos da Justiça, o alívio da carga

³³ Portal Europeu da Justiça. (2024) Disponível https://e-justice.europa.eu/64/PT/mediation_in_eu_countries?ITALY

³⁴ Costa, M. (2023) O endividamento das famílias portuguesas pós-pandemia: recurso à mediação e à conciliação, como formas de mitigar o problema, página 56. Trabalho no âmbito de obtenção do título de especialista apresentado no Instituto Politécnico de Bragança.

processual, a diminuição dos custos processuais e, por último, uma nova abordagem do conflito gerando-se uma paz social³⁵.

CONCLUSÃO

O sobre-endividamento dos consumidores configura-se como uma questão premente em Portugal, especialmente em tempos de crise económica. O contexto atual, agravado pela pandemia, pelos conflitos armados na Europa e no mundo, pelo aumento das taxas de juros e pela inflação, indica uma tendência crescente de casos de crédito malparado e pedidos de insolvência. Este cenário ressalta a necessidade de promover e expandir o uso da mediação e da conciliação como mecanismos para evitar o congestionamento dos tribunais.

O endividamento ocorre quando as pessoas se tornam incapazes de pagar as suas dívidas devido à falta de recursos financeiros. As causas apontadas poderão ser inúmeras, englobando a crise económica, a falta de planeamento financeiro, o desemprego, a inflação, o elevado custo de vida e o fácil acesso ao crédito ao consumo. Por outro lado, o sobre-endividamento implica a assunção simultânea de múltiplas dívidas, manifestando-se numa fase posterior ao endividamento. O sobre-endividamento representa necessariamente uma fase má, em que as pessoas e as famílias se encontram retraídas e se inibem de assumir novos compromissos financeiros ou de satisfazer todas as suas necessidades de consumo, ainda que mais supérfluas.

Apesar de acreditarmos serem poucos os que presentemente não recorreram ao crédito, mormente para aquisição de habitação, há uma atitude culturalmente arraigada que pende para a condenação de quem deve, aquilo que Catarina Frade chama de:

Espécie de diabolização” do crédito como se o recurso ao mesmo fosse pecado. E associada surge frequentemente a confusão entre endividado (aquele que deve) e sobre-endividado (aquele que estruturalmente se vê impedido de cumprir os seus créditos)³⁶.

Analizamos o papel da mediação e da conciliação como meios alternativos e autocompositivos de resolução de conflitos que permitem a resolução de conflitos decorrentes

³⁵ Costa, M. (2023) O endividamento das famílias portuguesas pós-pandemia: recurso à mediação e à conciliação, como formas de mitigar o problema, página 60. Trabalho no âmbito de obtenção do título de especialista apresentado no Instituto Politécnico de Bragança.

³⁶ Frade, C. (et al). (2006). Sobre-endividamento, a outra face do crédito. (org.), Direitos do Consumidor Endividado. Estudos sobre superendividamento e crédito ao consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/8655>

do endividamento. Destacamos a capacidade de ambos os procedimentos em oferecer soluções personalizadas e adaptadas às necessidades específicas de cada parte envolvida.

Abordamos, também, as dificuldades e as restrições à implementação da mediação e da conciliação na mitigação do sobre-endividamento, como a falta de acesso a serviços de mediação devido à escassez de informação e à desconfiança das partes envolvidas, bem como a resistência das instituições bancárias e financeiras. Destacamos a importância de que estas instituições adotem práticas mais rigorosas na concessão de crédito ao consumo, ao mesmo tempo em que é fundamental que as pessoas e as famílias desenvolvam uma maior consciência sobre a relevância do planeamento financeiro.

Em jeito de síntese, somos de parecer que a implementação de um sistema mais robusto de mediação e conciliação poderia ser uma solução eficaz para combater a crise judicial em Portugal, ajudando a descongestionar os tribunais e a reduzir os custos e a morosidade do processo judicial. Nesse sentido, a mediação e a conciliação devem ser vistas como ferramentas complementares ao sistema judicial, oferecendo uma abordagem racional e humanizada para a resolução de conflitos financeiros, promovendo ao mesmo tempo a paz social que se ambiciona.

REFERÊNCIAS

Banco de Portugal. (2023). Disponível em <https://www.bportugal.pt/page/inquerito-situacao-financeira-das-familias>.

Banco de Portugal. (2024). Disponível em <https://cliente bancario.bportugal.pt/entidades-da-race>.

Banco de Portugal. (2024). Disponível em <https://www.bportugal.pt/publicacao/boletim-economico-junho-2024>.

Banco de Portugal. (2024). Disponível em https://www.bportugal.pt/napp_wrapper/130018.

Banco de Portugal. (2024). Disponível em <https://www.gee.gov.pt/pt/indicadores-diarios/ultimos-indicadores/32864-relatorio-de-estabilidade-financeira-banco-de-portugal-7>.

Costa, M. (2023). O endividamento das famílias portuguesas pós-pandemia: recurso à mediação e à conciliação, como formas de mitigar o problema. Trabalho no âmbito de obtenção do título de especialista apresentado no Instituto Politécnico de Bragança.

Direção-Geral da Política da Justiça (2024) Disponível em <https://dgpj.justica.gov.pt/sispacse>.

Direção-Geral da Política da Justiça (2024) Disponível em <https://servicos.tribunais.org.pt/servicos/faq/sispacse/guia-do-devedor/>.

Direção-Geral da Política da Justiça. (2024). Disponível em <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Sistemas-de-apoio-ao-sobre-endividamento/Reconhecimento-de-sistemas-de-apoio-ao-sobre-endividamento>.

Direção-Geral da Política da Justiça. (2024). Disponível em <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Sistemas-de-apoio-ao-sobre-endividamento>.

Faria de Carvalho, D. (2012). Consumidor Endividado, Vítima do Sistema Cultural. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, v. II, # 1, pp. 60, 61 e 63. <https://core.ac.uk/download/pdf/19896159.pdf>.

Frade, C. (2007). A regulação do sobreendividamento (Tese de Doutoramento), Coimbra: FEUC.

Frade, C. (2012). Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas. I Congresso De Direito Da Insolvência. Disponível em https://www.ces.uc.pt/ficheiros/behave/Frade_Sobreendividamento_e_solucoes_extrajudiciais.pdf.

Frade, C. (et al). (2006). Sobre-endividamento, a outra face do crédito. (org.), Direitos do Consumidor Endividado. Estudos sobre superendividamento e crédito ao consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/8655>.

Frade, C. (et al). (2017). O endividamento dos consumidores em Portugal: questões principais. Disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/41545/1/O%20endividamento%20dos%20consumidores%20em%20Portugal.pdf>.

Frade, C., et al. (2008). Regular o sobre-endividamento, Observatório do Endividamento dos Consumidores Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Fundação Francisco Manuel dos Santos. (2015). Três décadas de Portugal Europeu. Disponível em https://www.cedr-n.pt/storage/app/media/files/tres_decadas_pt_europeu.pdf.

Governo de Argentina. (1996). Disponível em <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24573-1995-29037>.

Jerónimo, M. (2018). Reflexão sobre a Constitucionalidade da Mediação Pré-Processual Obrigatória, páginas 117-122. Disponível em Revista Eletrónica de Direito. <file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/Artigo%20Maria%20Jer%C3%B3nimo.pdf>.

Ministry of justice UK. (2022). Disponível em https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct.

Portal Europeu da Justiça. (2024) Disponível em https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-it-pt.do?member=1

Portal Europeu da Justiça. (2024) Disponível em https://e-justice.europa.eu/64/PT/mediation_in_eu_countries?ITALY.

Portal Europeu da Justiça. (2024). Disponível em https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-pt-maximizeMS-pt.

Procuradoria-Geral Regional de Lisboa (2024) Disponível https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3592&tabela=leis&so_mio=.

A CONCILIAÇÃO CONJUGADA COM A MEDIAÇÃO NA ABORDAGEM DO SUPERENDIVIDAMENTO: ALÉM DA DIMENSÃO RESOLUTIVA DO CONFLITO

Ricardo José Souto Maior Borges¹

RESUMO

A conciliação reconhecida como exitosa pela Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça, prevista pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código de Processo Civil, enquanto método previsto no Código de Defesa do Consumidor, está alinhada com a Política Nacional das Relações de Consumo, possibilita, além da abordagem pela dimensão resolutiva do conflito, também possibilita pela dimensão educativa, alcançar os níveis de abordagem prospectivos da motivação econômica, da repercussão financeira e consciencial, relativamente ao superendividamento. A sua importância está confirmada pelos Núcleos Especiais de Conciliação e Mediação.

Palavras-chave: Conciliação; Superendividamento; Política Nacional da Relação de Consumo; Núcleos Especiais de Conciliação e Mediação; Defesa do Consumidor; Política Nacional de Relações de Consumo.

ABSTRACT

The conciliation, recognized as successful by Resolution 125 of the National Justice Council as outlined in the Consumer Defense Code and the Code of Civil Procedure, is a method described in the Consumer Defense Code and aligns with the National Consumer Relations Policy. This approach addresses not only the conflict resolution aspect, but also the educational dimension, enabling the achievement of prospective levels of economic motivation, financial repercussions, and awareness regarding over-indebtedness. Its importance is confirmed by the Special Centers for Conciliation and Mediation.

Keywords: Reconciliation; Over-indebtedness; National Policy on Consumer Relations; Special Centers for Reconciliation and Mediation; Consumer Protection National Policy Relation.

INTRODUÇÃO

A importância da Conciliação nas demandas com consumidores superendividados decorre de uma necessidade sistêmica, analisada sob duas dimensões: uma metodologia

¹ Advogado. Professor Universitário. Mestre em Ciências Jurídicas Empresariais, pela Universidade de Lisboa. Conciliador. Mediador Judicial e Extrajudicial. ricardojsmb@gmail.com

consensual aplicável à resolução do conflito oriundo do superendividamento com larga escala de êxito e, também, um mecanismo de reequilíbrio integral do consumidor superendividado, nas relações de consumo com fornecedores de bens e/ou serviços, nas relações pessoais e nas relações profissionais, enquanto cidadão afetado pelo superendividamento.

Axiologicamente, a conciliação e a mediação são extremamente eficientes, enquanto métodos consensuais resolutivos de controvérsias, enquanto propõem o empoderamento dos conciliandos/mediandos, pelo incentivo ao exercício da autonomia e consequente empoderamento, por eles experimentados, ao longo da sessão de conciliação.

A aplicação da conciliação ocorre preferencialmente nas situações de conflito em que não exista vínculo anterior entre os conflitantes, conforme o comando expresso do artigo 165, § 2º, CPC.

Objetivamente, a adoção da conciliação como o método adequado à resolução do conflito implica no restabelecimento de canais de comunicação com objetivo de sanar a questão conflituosa demandada pelo consumidor, ou seja, se espera do consumidor e do fornecedor de bens e/ou serviços, pela facilitação promovida pelo conciliador, a construção do consenso para obtenção do acordo.

Na relação de consumo, gravada pelo conflito oriundo do superendividamento a questão não se resume, tão somente, à resolução do conflito.

O grau superlativo de endividamento do consumidor exige que medidas de ordem legal sejam tomadas no sentido da tutela dos direitos do consumidor, enquanto vulnerável e economicamente hipossuficiente, a fim de que as suas necessidades básicas de sobrevivência sejam supridas para garantia do mínimo existencial. Também espera-se que os impactos da precária situação financeira do consumidor superendividado, relativamente às suas relações pessoais, profissionais e principalmente familiares sejam neutralizados.

Na relação de consumo eivada pelo superendividamento, o consumidor e também o fornecedor de bens e/ou serviços, na persecução da solução dos conflitos demandados, devem construir o consenso para obtenção do acordo e então satisfazer os seus respectivos interesses, respeitados, os limites da lei e as possibilidades de flexibilização recíprocas das posições, ante o conflito demandado à resolução.

E não só isso.

A solução do superendividamento, traz segurança para o consumidor que passa a ter, em atenção aos seus direitos e garantias, o seu orçamento particular reequilibrado, a partir do acordo obtido, em sede de conciliação.

Para o mercado, quando se resolve o superendividamento, principalmente em

escala, envolvendo números significativos de consumidores, a segurança também é alcançada, tendo em vista, a recuperação dos créditos para os fornecedores de bem e/ou serviços. Dessa forma, restaura-se o crédito para melhores níveis de confiança e, conseqüentemente, um maior volume bens passa a circular e aumentando também a demanda para a prestação de serviços.

A Política Nacional das Relações de Consumo contempla mecanismos de prevenção e de tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e entre tais mecanismos está a conciliação, conforme está prevista no Código de Defesa do Consumidor e, especialmente, após a instituição dos Núcleos de Conciliação e Mediação, pela lei 14.181/2021, para a solução de conflitos oriundos do superendividamento. Reconhecida, assim, a importância da aplicação de métodos que tenham, na base da construção do consenso, os critérios de razoabilidade a serem aplicados na abordagem do conflito, especificamente, considerado, a exemplo da conciliação, em atenção à vulnerabilidade do consumidor.

A conciliação, enquanto método autocompositivo e facilitador, promove a construção do consenso e, pela via conseqüente, a provável obtenção do acordo, manifesto pela expressão da vontade dos conciliandos, submetidos ao processo de facilitação conduzido por um terceiro imparcial, o conciliador.

Pelo Código de Processo Civil (art.165, §2º), a conciliação é um método a ser utilizado, preferencialmente, nas situações em que se verifica a inexistência de vínculo anterior entre os conflitantes, exatamente, como ocorre com o consumidor e o fornecedor de bens e/ou serviços, em qualquer relação de consumo.

Nas relações de consumo, em geral, não existe vínculo prévio entre os consumidores e os fornecedores de bens e/ou prestadores de serviços. Quando o conflito eclode, a conciliação é o método que guarda a preferência objetiva, em face da previsão legal, para a facilitação da solução adequada que resolve o conflito.

Nada impede, entretanto, seja o conflito oriundo do superendividamento submetido, à resolução, pelo método da mediação, ou, por outra via de abordagem, não existe impedimento para a mediação ser utilizada em extensão. Eleita a conciliação, como o método adequado para a solução do conflito oriundo do superendividamento, podem suas técnicas serem potencializadas pelas teorias e técnicas da mediação, em atenção às questões subjetivas subjacentes ao superendividamento, impactantes à resolução das demandas.

As situações de conflitos nas relações de consumo, em regra são descritas no Código de Defesa do Consumidor. Não obstante, sejam essas as situações, expressamente, previstas em lei, motivadoras de conflito, o superendividamento pode contemplar uma ou todas essas situações. Mas, um ponto há de ser observado: a recorrência da conduta exercida pelo

consumidor para, progressivamente, estar com o seu patrimônio dilapidado.

Em face da superlativa insuficiência econômica ser um fenômeno (Neustein, Godoy e Ozy, 2024) sistêmico, recorrente e crescente de assoreamento da capacidade financeira do consumidor superendividado, as medidas de enfrentamento, prevenção e educação, devem ser adotadas, não só pelo consumidor, mas pelo fornecedor de bens e/ou serviços, de forma direta, e, pelos familiares do consumidor e outros agentes econômicos, de forma indireta.

Com a instituição do sistema multiportas (VASCONCELOS, 2023) de resolução de conflitos, várias possibilidades resolutivas se apresentam e entre tais possibilidades, a conciliação, no superendividamento se configura como o método adequado.

A conciliação está prevista regulamentada em lei² e é um método expressamente indicado pelo Conselho Nacional de Justiça para solução consensual dos conflitos.

A aplicação da conciliação está prevista pela Política Nacional de Relação de Consumo e quando aplicada com o auxílio das técnicas da mediação de conflitos de interesses, produz resultados extremamente exitosos.

1 O SUPERENDIVIDAMENTO NA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor sinaliza à necessidade de um programa perene e eficaz para tratamento adequado do superendividamento.

Qualquer via a ser adotada para resolução do superendividamento, necessariamente, perpassa pela conscientização do consumidor, pela conscientização do fornecedor de bens e/ou serviços e pela regulamentação de mecanismos que venham a coibir práticas abusivas do mercado que levem o consumidor ao estado agudo de insuficiência financeira.

A importância da Política Nacional de Relações de Consumo é verificada na legislação regente das relações de consumo, não só por destinar todo Capítulo II do Código de Defesa do Consumidor, à sua regulamentação, também por expressar, teleologicamente, os objetivos as serem alcançados na persecução da defesa e garantias do consumidor, enquanto ente natural, como está previsto no CDC, art.4º, *caput*, abaixo transcrito:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes

² Lei 13.140/2015

princípios: (*omissis*)

O consumidor, enquanto parte vulnerável na relação de consumo, precisa da tutela dos seus direitos e garantias, em especial, na condição de superendividado. Assim, cada um dos objetivos, expressamente indicados no *caput* do artigo em comento, expressa elevado conteúdo axiológico, determinante para a sistematização do tratamento adequado ao superendividamento.

A partir do ponto seguinte, uma abordagem sobre cada um dos objetivos elencados no CDC, art. 4º, *caput*, demonstra a respectiva relevância no quadro geral das relações de consumo e devem ser observados para uma abordagem eficaz do conflito na aplicação do método da conciliação.

Segue-se, então, uma análise desses objetivos, pois relevantes para uma sistêmica abordagem do conflito, em qualquer relação de consumo, especialmente, àquelas eivadas pelo fenômeno do superendividamento.

1.1 DIGNIDADE DO CONSUMIDOR

A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitucional, está contemplada, de forma reflexa, no Código de Defesa do Consumidor.

O consumidor, enquanto pessoa, está estruturado pela dignidade. Juridicamente, a dignidade é atributo da pessoa humana. Nas relações de consumo eivadas pelo superendividamento, o consumidor tem a sua condição de vulnerabilidade agravada e, não raro, os seus direitos e suas garantias mitigados.

Seja um consumidor consciente, mas, recorrentemente devedor, a dignidade será observada para melhor adequação das propostas à solução das demandas do superendividamento e preservação do mínimo existencial, em atenção à dignidade da pessoa humana.

1.2 SAÚDE DO CONSUMIDOR

A preservação da saúde do consumidor deve ser um exercício de cuidados constantes pelos agentes econômicos, não só em razão das mazelas de ordem física provocadas eventualmente pela ingestão de alimentos e utilização de bens impróprios para o consumo, pela ausência de informações nos rótulos (ANVISA, 2005), suficientes e necessárias à preservação da saúde do consumidor, também pelo desconforto de ordem emocional, agravado no

superendividamento.

Para resguardar a saúde orgânica da pessoa do consumidor, o Estado disponibiliza um sistema de órgãos e controle, a exemplo do Selo de Inspeção Federal – SIF, Instituto de pesos e medidas – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO, Vigilância Sanitária.

Não menos importante, o conforto mental da pessoa do consumidor, precisa ser considerado. O Consumidor, sujeito à toda sorte de pressão emocional exercida pelos credores e pelas restrições de toda ordem, em face da condição financeira, extremamente, agravada em decorrência do superendividamento.

Os cuidados com a saúde emocional do consumidor deve ser uma preocupação constante, inclusive para que se evite situações em que, em face do superendividamento a pessoa do consumidor não sofra com processos de somatização e termine por agravar o estado da saúde física e emocional (MARTINS, 2024).

1.3 SEGURANÇA DO CONSUMIDOR

Sob a perspectiva jurídica, a segurança do consumidor está fundada, principalmente, na Constituição da República Federativa do Brasil, pelo comando da defesa do consumidor em conformidade com a lei, conforme o artigo, 5º XXXII, *in verbis*:

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

Omissis

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

O comando normativo programático, acima transcrito, alçou a defesa do consumidor ao *status* de comando constitucional, consumidor, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor e colocando-o na condição de sujeito à tutela jurídica garantidora de seus direitos (a) à igualdade, (b) à não discriminação, (b) à vida, (c) à liberdade, (d) à segurança e (e) à propriedade.

O Código de Defesa do Consumidor é instrumentalizado pela lei 8.078, ingressando no ordenamento jurídico brasileiro em 11 de setembro de 1990 para disciplinar a regra constitucional programática, acima transcrita, ao estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor, impor comandos jurídicos de ordem pública e interesse social, como está expresso no artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Assim, a segurança jurídica comandada pelo dispositivo constitucional em comento tem amplo desdobramento na dimensão infraconstitucional do sistema jurídico brasileiro, devendo ser considerada as disposições legais não só do Código de Defesa do Consumidor, mas também, as disposições legais com previsão em outras fontes jurídicas positivadas, a exemplo do artigo 423, do Código Civil que expressa o comando normativo: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente". Em sendo o aderente consumidor, o dispositivo expressa evidente manifestação do desdobramento dos comandos constitucionais, no plano infraconstitucional. Deve-se considerar, enquanto proteção aos direitos do consumidor, a proteção dos seus dados pessoais, proteção, frequentemente, desobedecida em manifesta violação de sua privacidade do consumidor.

Não se tem, neste artigo, a pretensão de esgotar as possibilidades de alcance dos comandos normativos da segurança jurídica do consumidor. Mas, indicar que o alcance da jurídico da proteção dos direitos do consumidor, vai além da dimensão constitucional.

Todo o esforço é, por assim dizer, envidado no sentido de apontar o desdobramento sistêmico dos efeitos do comando constitucional, no plano infraconstitucional e, acima de tudo, a eficácia, no campo pragmático, do sistema jurídico consumerista, respeitada e exercitada no âmbito de atuação dos agentes econômicos em relação com o consumidor superendividado. Por isso, os fornecedores de bens e/ou serviços, no exercício da atividade econômica, devem observar o artigo 170, inciso, V, da Constituição Federativa do Brasil, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(*Omissis*)
V - defesa do consumidor.

1.4 PROTEÇÃO DOS INTERESSES ECONÔMICOS DO CONSUMIDOR

A proteção dos interesses econômicos do consumidor, não poderia ser diferente, também decorre dos comandos normativos constitucionais aplicáveis à proteção do consumidor, bem como das disposições do Código de Defesa do Consumidor e da legislação estravagante aplicável à proteção do consumidor.

Assim, na dimensão econômica, a proteção jurídica do consumidor se faz de forma ampla, considerando os desdobramentos sistêmicos, acima indicados e pode ser abordada, pela perspectiva da economia de subsistência do consumidor e pela perspectiva da economia de um grupo de consumidores que estejam em situação de superendividamento, relativamente ao mesmo seguimento econômico.

Todavia, pragmaticamente, não se pode deixar de entender a importância econômica do consumo, no contexto das relações contratuais. De fato, os contratos são instrumentos consensuais, facilitadores da circulação de riquezas, amplamente utilizados pelos consumidores.

Por esta razão, devem conter dispositivos de proteção preservadores da economia do consumidor, a exemplo do CC, art, 423, acima transcrito.

1.5 MELHORIA DA QUALIDADE DE VIDA DO CONSUMIDOR

Em decorrência da dignidade da pessoa humana, a preservação da qualidade de vida do consumidor, proporcionando-lhe melhores condições de vida, deve ser verificada, teleologicamente, como a consequência sistêmica esperada pelo ordenamento jurídico.

Assim, a qualidade de vida do consumidor é impulsionada, não só pela existência das normas jurídicas garantidoras de tais direitos e garantias, mas pragmaticamente, também pela percepção sensorial do impacto positivo, juridicamente pretendido, na rotina cotidiana do consumidor.

Na prática, as instituições privadas e instituições públicas previstas pela Política Nacional das Relações de Consumo, desempenham papel fundamental no monitoramento do superendividamento. Vale dizer, a melhoria da qualidade de vida do consumidor decorre, inevitavelmente, das campanhas de conscientização dirigidas ao consumidor e aos agentes econômicos em relação de consumo, para garantia do mínimo existencial.

Os objetivos, acima comentados, estão diretamente ligados à pessoa do consumidor e, como visto, carecem de uma programação sistemática, para que, no plano da eficácia, os efeitos da proteção ao consumidor proporcionem uma experiência satisfatória, para o consumidor e para os fornecedores de bens e/ou serviços.

1.6 TRANSPARÊNCIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Os dois últimos objetivos, se vinculam diretamente a relação de consumo. Enquanto

os cinco primeiros objetivos dizem respeito à proposta de conforto físico e emocional para o consumidor, ou seja, enquanto os comandos normativos dos cinco primeiros objetivos alcançam diretamente a esfera pessoal do consumidor e impõe efeitos na relação de consumo, os dois últimos se vinculam diretamente à esfera relacional de consumo, impondo efeitos ao consumidor.

Sendo a relação de consumo, em regra, convencional, têm no contrato entre o consumidor e o fornecedor de bens e/ou serviços, o instrumento pelo qual as condições do negócio jurídico são, paritariamente ou por adesão pactuadas.

Enquanto seja o ato de contratação conduzido por negociação técnica, necessária se torna a transparência presente em todo o processo negocial.

Ora, mais transparente será a relação de consumo quanto mais transparente seja o comportamento e as posições adotadas pelo fornecedor de bens e/ou serviços (pelo consumidor também), não só na gênese da relação de consumo, como também no seu curso e principalmente e por maiores motivos, na abordagem do conflito que venha a surgir em face do superendividamento do consumidor.

1.7 HARMONIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O outro objetivo, também diretamente vinculado ao regramento da relação de consumo, é a harmonia, pelo qual o consumidor e o prestador de bens e/ou serviços devem manter um nível satisfatório de relacionamento marcado pela urbanidade, civilidade e, especialmente, pela razoabilidade (MORGAN, 2021).

A harmonia, assim como a transparência, embora estejam comandando urbanidade, civilidade e razoabilidade também impõem a sujeição das demais normas jurídicas a esses critérios de elevado nível de relacionamento.

Sendo a relação de consumo eivada pelo superendividamento, o próprio sistema jurídico responde com a solução adequada e autônoma para a solução da controvérsia com origem na divergência dos interesses demandados.

A harmonia, enquanto carga axiológica a ser preservada na relação de consumo, reclama uma postura resolutiva dos conflitantes, porque potencializa a atenção, a observação e o exercício dos princípios que fundamentam a Política Nacional de Relação de Consumo.

A relação de consumo, em regra, não é estruturada por conexões continuadas, recorrentes e muito menos verifica-se vínculo anterior entre o consumidor e o prestador de bens/serviços, o método preferível, indicado em lei, é a conciliação que, através de um terceiro

imparcial, o conciliador, facilita a tomada da decisão adequada para solucionar as questões subjacentes ao conflito de origem no superendividamento.

As técnicas de conciliação, aplicadas pelo conciliador e uma vez potencializadas pelas técnicas da mediação produzem efeitos transformativos, duradouros e podem ser utilizadas para prospectar as causas do conflito. A partir da identificação dos pontos frágeis apontados na prospecção, é possível a adoção de uma estratégia adequada para enfrentamento das questões emergentes para o consumidor superendividado. Como também é possível, a adoção de medidas de prevenção para novos ciclos de superendividamento.

2 A CONCILIAÇÃO ENQUANTO MÉTODO ADEQUADO À RESOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS COM ORIGEM NO SUPERENDIVIDAMENTO

2.1 POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DO CONFLITO DE INTERESSES

A Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, formulada para instituir a política judiciária nacional de tratamento adequado do conflito e incentiva a sua adoção em todos os órgãos do Poder Judiciário, introduziu novas perspectivas do exercício da dignidade em favor dos jurisdicionados. O cidadão passou a dispor de várias vias de acesso à justiça, inaugurando o sistema multiportas (VASCONCELOS, 2023) ou pluriprocessual de resolução de conflito.

Com o sistema pluriprocessual as possibilidades resolutivas do conflito são ampliadas e os conflitantes passam a ter à disposição, várias metodologias autônomas e heterônomas, a serem aplicadas de forma adequada à resolução do conflito.

Por vezes, é possível, contratualmente, estabelecer cláusulas escalonadas, em face do conflito de origem na relação contratual. Assim, estando prevista no contrato a cláusula escalonada é possível, para o conflito demandado, uma solução em níveis de tomada de decisão. Para uma primeira abordagem do conflito, os conflitantes, consensualmente, podem decidir pela adoção da conciliação ou mediação, enquanto metodologias autônomas de resolução de conflitos e, não sendo o conflito resolvido no todo ou em parte, migrar para uma metodologia heterônoma, a exemplo da arbitragem ou do processo judicial.

Na prática, um enorme avanço na seara resolutiva de conflitos. Antes, o monopólio da jurisdição pelo Estado, sobrecarregava as varas judiciárias e conseqüentemente, os tribunais,

estaduais, regionais e superiores, em Brasília. Atualmente, os conflitantes têm, à sua disposição e no âmbito privado, vários métodos para resolução de conflitos, para facilitar o acesso à justiça e a satisfação dos interesses envolvidos.

Mas, para implementação do tratamento adequado do conflito, se faz necessária a adoção de mecanismos de resolução de conflito, também no âmbito extrajudicial.

Embora a padronização das práticas judiciais de resolução de conflitos aplicadas nos tribunais seja um objetivo da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, a política judiciária nacional para resolução de conflitos de interesses instituída, incentiva o tratamento adequado do conflito e expressamente reconhece a conciliação e a mediação como métodos exitosos, em face do seu potencial de êxito, conforme consta nas considerações, *in verbis*:

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças

Observe-se que a conciliação e a mediação, além de métodos exitosos, relativamente à resolução de conflitos, também são consideradas como “instrumentos efetivos de pacificação social”, em manifesto reconhecimento da importância desses métodos, no contexto da adequação da abordagem do conflito.

Para a pacificação social, se faz necessária a superação da cultura litigante e polarizada instalada no Brasil, pela cultura de resolução pacífica dos conflitos. Para tanto, a não judicialização dos conflitos é incentivada e os conflitos judicializados podem também ser resolvidos, pela conciliação, uma vez seja o processo judicial suspenso.

O conflito é fenômeno inerente à condição humana e por isso ocorre frequentemente nas relações intersubjetivas. É preciso, portanto, incentivar a adoção de métodos resolutivos de aplicação extrajudicial.

Ora, a conciliação e a mediação, enquanto métodos resolutivos, de aplicação incentivada pela Resolução nº 125, CNJ, promovem excelentes resultados na resolução de conflitos judicializados e, por isso, no âmbito do superendividamento, podem e devem ser aplicadas extrajudicialmente, para solucionar o conflito, para prevenir a judicialização de novos conflitos, para prevenir a recorrência de novos ciclos de superendividamento e, assim, contribuir com a pacificação social.

O tratamento extrajudicial do superendividamento já é previsto em lei, conforme comanda o CDC, art.5º, VI, *in verbis*:

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

omissis

VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento **extrajudicial** e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural. (grifos nossos)

Assim, o conflito que afeta o consumidor superendividado, poderá ser resolvido também na esfera extrajudicial, pela conciliação e/ou mediação, enquanto metodologias consensuais e autônomas, a serem aplicadas pelos núcleos de conciliação e mediação de conflitos de origem no superendividamento, como será visto logo adiante.

2.2 OS NÚCLEOS ESPECIAIS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PARA A ABORDAGEM DO SUPERENDIVIDAMENTO

Na persecução dos objetivos da política nacional de relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, com a atualização expressa pela lei nº 14.181, de 2021, institui os núcleos especiais de conciliação e de mediação de conflitos de interesses, para viabilizar o tratamento adequado, relativamente ao conflito de origem no superendividamento. Objetivamente, o comando normativo, pelo CDC, art. 5º, VII, assim expressa, *in verbis*:

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

omissis

VI- instituição de mecanismos de **prevenção e tratamento extrajudicial** e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural. (grifos nossos)

VII- instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento.

A instituição dos núcleos de conciliação e mediação corrobora a importância desses dois métodos resolutivos, expressamente reconhecidos pela Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, estando alinhada com a proposta da pacificação social. Especialmente, porque amplia as possibilidades de mecanismos de prevenção e de tratamento adequado ao superendividamento. Consequentemente, também amplia as possibilidades de utilização de mecanismos de proteção e efetivação dos direitos do consumidor, evitando a sua exclusão do social, conforme previsão expressa no CDC, art. 4º, X, *in verbis*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a

proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(Omissis)

X- prevenção e tratamento do superendividamento como forma de **evitar a exclusão social do consumidor**. (grifos nossos)

2.3 A CONCILIAÇÃO ENQUANTO MÉTODO ADEQUADO À SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A Conciliação é um método consensual, cuja aplicação é facilitada pelo conciliador e estruturado pela autonomia da vontade dos conflitantes, conforme expressamente consta no Código de Processo Civil, art. 165, § 2º, *in verbis*:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Omissis

§ 2º O conciliador, que atuará **preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes**, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento toou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que neles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

(grifos nossos)

O caput do CPC, art.165 nos remete à ideia dos Centros Judiciários de resolução de consensual de conflitos.

Nesse sentido, foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUCs. Assim, os tribunais têm realizado mutirões em várias áreas, inclusive em demandas de relação de consumo e, nesta área em especial, para consumidores superendividados, em evidente manifestação cidadã do exercício dos valores coadunados, axiologicamente, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não à toa, o Conselho Nacional de Justiça vem envidando esforços no sentido de manter incentivar os tribunais à disponibilização de uma agenda de mutirões para solucionar as questões conflituosas oriundas do superendividamento.

Na prática, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania instrumentalizam a política pública, instituída pelo poder judiciário, para tratamento adequado do conflito e promoção da pacificação social, pela aplicação dos métodos da conciliação e da

mediação, por serem os métodos comprovadamente exitosos (CNJ, Resolução nº 125).

Os Núcleos Especiais de Conciliação e Mediação de Conflitos instrumentalizam a Política Nacional das Relações de Consumo, instituída pelo poder executivo, à medida em que, pela aplicação desses dois métodos consensuais (conciliação e mediação), esses núcleos visam estabelecer a harmonia nas relações de consumo, em contribuição com o programa da pacificação social, pela redução dos conflitos com origem no superendividamento.

2.4 CONCILIAÇÃO APLICÁVEL PARA O MAPEAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO

A conciliação, também conhecida como mediação avaliativa (VASCONCELOS, 2023), é um método, como visto, consensual e caracterizada pela autonomia dos conflitantes e aplicável de preferência nas relações em que não exista vínculo anterior entre estes.

O fornecedor de bens e/ou de serviços, em regra, se vincula ao consumidor de forma pontual, em um negócio jurídico de compra e venda de bens móveis ou de bens imóveis e/ou prestação de serviços. Não gera, vínculo contínuo. Mesmo que o preço ajustado no negócio seja parcelado em prestações periódicas e sucessivas, o vínculo contínuo não se verifica. O preço parcelado não tem o condão de tornar a relação de consumo continuada, até porque o parcelamento, praticamente, na totalidade das vezes, é assumido por uma instituição financeira garantidora do respectivo crédito parcelado. A relação de consumo termina por se esgotar com a realização da prestação relativa à obrigação pecuniária, contratualmente, assumida, na prática, pelo consumidor, perante um agente financeiro.

Mas, principalmente, no contexto do consumidor superendividado, o preço parcelado, reflete dados que por sua vez, podem ser convertidos em informações relevantes para o enfrentamento do superendividamento.

O mapeamento de informações (SERASA, 2024), técnica muito utilizada por outras metodologias, como na justiça restaurativa, consiste no levantamento de informações relevantes para estruturação (CNJ, 2022) de políticas públicas consistentes e eficazes para o enfrentamento do superendividamento ou, no curso das ações e programas contemplados pela política pública em curso, dar o suporte necessário e eficiente à proteção do consumidor superendividado, inclusive facilitando a resolução de dos conflitos decorrentes de sua precária condição financeira.

São dados a serem levantados pelo mapeamento do superendividamento, na relação de consumo, particularmente, considerada:

- a) média do valor do total do parcelamento.
- b) valor dos juros, multa e correção.
- c) número da parcela que em média e a partir da qual o consumidor começa a faltar com a obrigação do pagamento.
- d) motivação do atraso no pagamento das parcelas.
- e) renda mensal do consumidor.
- f) comprometimento da renda mensal do consumidor.
- g) nível escolar do consumidor.
- h) faixa etária do consumidor, com especial atenção aos idosos e aos longevos.
- i) comprometimento emocional do consumidor.
- j) restrições ao mínimo existencial suportadas pelo consumidor e por sua família.

A relação acima, não pretende esgotar as possibilidades de informações coletadas para a abordagem do superendividamento, apenas, expressa, pela força do exemplo, um conjunto de informações que contribuem para a elaboração de políticas públicas, e, inevitavelmente, conduzam à adequada e eficaz solução das gravíssimas questões que perturbam o bem-estar do consumidor superendividado, pondo em risco a sua saúde mental, podendo o comprometimento emocional agravar ao ponto de somatizar patologias de ordem física (MACÊDO, 2021).

Desta forma, na persecução dos objetivos da política pública consumeristas, é possível coletar informações indicativas da necessidade de adoção de programas e ações mais eficazes no enfrentamento do superendividamento e, também se garante a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, respeitados os critérios axiológicos, a exemplo do (a) mínimo existencial, uma garantia intrínseca à condição humana, por óbvio, aplicável ao consumidor superendividado e (b) a proteção legal das informações relativas aos conciliandos, presente na lei geral de proteção de dados pessoais³, como também, decorrente da efetivação dos princípios sigilo⁴ e da confidencialidade⁵, expressos pela legislação pertinente.

2.5 A NATUREZA RESOLUTIVA DA CONCILIAÇÃO

A conciliação é um método consensual e autônomo de resolução de conflitos.

³ Lei nº 13.709, de 13 de agosto de 2018.

⁴ Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015

⁵ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015

A facilitação da construção do consenso, promovida pelo conciliador, um terceiro imparcial, conduz os conciliandos, no curso da conciliação, ao diálogo construtivo e, conseqüentemente, à tomada de decisões obtidas a partir de alternativas consideradas em cordial discursão para definição da decisão adequada que, satisfatoriamente, atende os interesses dos conflitantes na relação marcada pelo superendividamento.

Esta é a razão estruturante, a natureza própria da conciliação, enquanto método resolutivo de conflitos.

Embora a aplicação da conciliação seja indicada para solução de questões menos complexas (Conselho Nacional de Justiça, 2024), o seu poder resolutivo, principalmente, quando potencializada pelas técnicas da mediação, leva o método às taxas significativas de êxito. Nesse sentido, a Resolução nº 125, do CNJ, expressamente considera o êxito da conciliação e da mediação, *in verbis*:

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

A conciliação pode e deve ser aplicada com auxílio da mediação para potencializar os resultados que satisfaçam o real interesse das partes conflitantes. Assim, com a aplicação das técnicas de mediação, a conciliação pode ser alcançada em dimensão mais profunda, relativamente à abordagem do conflito.

Desta forma, havendo a possibilidade da aplicação do método de conciliação, para a superação da carga negativa do conflito, conjugada com o método da mediação, os resultados serão potencializados e uma maior taxa de êxito será alcançada, na abordagem do conflito decorrente do superendividamento, enquanto fenômeno complexo e de efeitos que se verificam além da relação de consumo.

Mas, embora seja resolutiva a natureza da conciliação, a aplicação desse método deve alcançar, em atenção à política nacional das relações de consumo, a dimensão da prevenção para se evitar a recorrência do superendividamento e (b) também a dimensão da educação. Na aplicação das técnicas da conciliação essas duas dimensões serão alcançadas, conforme a necessidade atribuída ao nível de satisfação a ser alcançado, relativamente aos interesses dos conflitantes.

Deve-se frisar que a natureza resolutiva da conciliação é intrínseca à sua condição de método. Entretanto, a experiência conciliatória para os conciliandos é, indubitavelmente,

educativa, podendo ser também preventiva, a depender da pretensão dos conflitantes em relação de superendividamento.

2.6 A DIMENSÃO EDUCATIVA NA ABORDAGEM DO CONFLITO PELA CONCILIAÇÃO

A conciliação, ao tempo que facilita a resolução do conflito, na relação eivada pelo superendividamento, também é aplicada para educar os conciliandos, ao menos em três níveis a depender das necessidades e dos critérios teleológicos aplicáveis às questões suscitadas no contexto do conflito e impostos pelos interesses envolvidos. Assim, a conciliação, além de resolutiva, também será educativa, em face da prospecção das causas motivadoras do conflito em três possíveis níveis, a saber: prospectivo, financeiro e consciencial.

2.6.1 Nível prospectivo da abordagem do superendividamento

Há de considerar não só os efeitos da relação conflituosa entre o consumidor superendividado e o fornecedor de bens e/ou serviços, também a extensão dos efeitos econômicos do superendividamento, respectivamente, (a) suportados pela família do consumidor e (b) suportados pelo seguimento econômico de atuação do fornecedor de bens e/ou serviços.

Uma vez, sendo aplicada a abordagem prospectiva, o conhecimento das causas motivadoras do conflito de origem no superendividamento, o consumidor tome consciência, dos efeitos nefastos superendividamento no âmbito pessoal de sua existência, o nível de aprendizado alcançado, durante a sessão de conciliação, já o empodera o suficiente para a tomada da decisão adequada que, não só resolve o conflito, mas possibilita a restauração econômica da relação marcada pelo superendividamento e também a restauração econômica em extensão, considerando o conjunto de consumidores em situação de superendividamento, sujeitos ao mesmo processo de conscientização, obtendo-se, desta forma, o efeito desejável de sanear o seguimento econômico afetado pelos respectivos consumidores superendividados .

Mas, ao tempo em que o consumidor toma consciência das questões subjacentes ao superendividamento, também o fornecedor de bem e/ou serviços deve, nesse sentido, se conscientizar das implicações nefastas que essa precária situação econômica promove nas relações de consumo. Isso apenas é possível, em função do processo cognitivo facilitado pelo conciliador, em face das informações prospectadas.

A abordagem prospectiva é um vetor fundamental, no contexto do mapeamento⁶ das informações relevantes à restauração da relação de consumo. Quanto mais o conciliador, com o auxílio do método da mediação, se proponha a prospectar as causas do superendividamento, mais informações disponíveis terá para facilitar a construção do consenso e empoderamento dos conciliandos, sujeitos ao processo de cognição para reforço da autonomia e consequente obtenção do acordo.

2.6.2 Nível financeiro na abordagem do superendividamento

O nível financeiro acessado pela abordagem do conflito de origem no superendividamento, na dimensão educativa, está diretamente relacionado à adequação da situação econômica, não só do consumidor, também do fornecedor de bens e/ou serviços.

As desastrosas consequências financeiras, enquanto consequência do superendividamento, trazem implicações para a vida pessoal do consumidor, para suas e para o bem-estar da sua família, eventualmente, para as suas relações profissionais e afetam a gestão financeira dos agentes econômicos relacionados ao seguimento em que o superendividamento é mais agudo, na razão direta do número de consumidores superendividados. Ou seja, maior o número de consumidores em estado de superendividamento, mais aguda a crise suportada pelos fornecedores de bens e/ou serviços.

2.6.3 Nível da conscientização na abordagem do superendividamento

O nível da consciência é alcançado, a partir das informações levadas à sessão de conciliação, como também pelas reflexões relativas à própria condição do consumidor superendividado, a exemplo da sua limitação financeira e possibilidades de flexibilização do fornecedor de bens e/ou serviços.

Através do processo de cognição facilitado pelo conciliador, o conhecimento das questões subjacentes ao superendividamento é consolidado no curso da sessão de conciliação, de sorte que os conciliandos, se apropriam progressivamente das informações indispensáveis ao acordo, mais que pretendido, adequado à solução do conflito, envolvendo o consumidor superendividado.

A tomada de consciência é de fundamental importância para os conciliandos e,

⁶ Vide a Sessão 3, pg. 11.

especialmente, para o consumidor. À medida em que o consumidor se apropria das informações relativas às possibilidades de resolução do conflito de origem no superendividamento, ele se empodera pelo conhecimento progressivamente consolidado, no curso da sessão de mediação e, assim, passa a ter a condição de vulnerabilidade minimizada frente ao seu empoderamento para a defesa e proteção de seus direitos e garantias.

Mas, à medida em que o conhecimento das questões, subjacentes ao superendividamento, são articuladas na sessão de conciliação, o conciliador, utilizando as técnicas pertinentes ao caso, facilitará a tomada de consciência, não só pelo consumidor superendividado, também pelo fornecedor de bens e/ou de serviços.

Para o consumidor, a tomada de consciência passa por um processo de reprogramação mental, para mudança de hábitos. Valores são ressignificados, questões são requalificadas para um plano secundário de prioridade, ao tempo em que outras questões são havidas como prioridade, desse modo, fundamentando as decisões imediatas e mediatas a serem tomadas, durante a sessão da conciliação e para além da sessão de conciliação.

Para o fornecedor de bens e/ou serviços, a tomada de consciência promove ajustes nos seus processos de gestão comercial e gestão de conflitos para, finalmente, ter na relação de consumo, mecanismos de prevenção ao superendividamento.

Para se alcançar o êxito, instrumentalizado por um acordo, é fundamental que os conciliandos flexibilizem, a partir da experiência da empatia e da reciprocidade, as respectivas posições ocupadas desde a gênese do superendividamento, visando estabelecer critérios de resolução com base na razoabilidade e não na racionalidade (HOUSEL, 2021).

Uma vez consolidado o conhecimento, empoderados os conciliandos, e, a partir da realidade desvelada, alcançado o nível de consciência, para além da dimensão educativa da resolução autônoma da conciliação, a abordagem do conflito tende a expandir para a dimensão da prevenção.

2.7 A DIMENSÃO PREVENTIVA DA ABORDAGEM DO CONFLITO PELA CONCILIAÇÃO

Na aplicação do método da conciliação, o consumidor superendividado, pela experiência do processo cognitivo facilitado pelo conciliador, absorve as informações suficientes para a tomada de consciência na situação de superendividamento em que se encontra e, empoderado pelas informações, autonomamente, toma a decisão adequada à resolução do conflito, em consenso com o prestador de bens e/ou serviços.

Esse processo de cognição, ao tempo em que educa, também leva o consumidor superendividado para outra dimensão. A dimensão preventiva de outros conflitos gerados por novos ciclos de superendividamento.

A dimensão preventiva da conciliação é um efeito desejado e obtido através da aplicação das técnicas conciliatórias, conforme o CDC, art. 104-C, *in verbis*:

Art. 104-C. Compete concorrente e facultativamente aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a **fase conciliatória e preventiva** do processo de repactuação de dívidas, nos moldes do art. 104-A deste Código, no que couber, com possibilidade de o processo ser regulado por convênios específicos celebrados entre os referidos órgãos e as instituições credoras ou suas associações (grifos nossos)

§ 1º Em caso de **conciliação administrativa** para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, **audiência global de conciliação** com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis. (grifos nossos)

Preventivamente, a conciliação é aplicada para evitar a recorrência da situação de superendividamento do consumidor. Essa via de abordagem do conflito com origem na relação de consumo, conforme o *caput* do dispositivo em comento, é utilizada concorrente e facultativamente, na via extrajudicial pelos órgãos públicos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, observando-se as regras do processamento em juízo, também expressas pelo CDC, art. 104-A que também expressam a tentativa de conciliação prévia em juízo, portanto, conforme o CPC, art. 104-B.

O enunciado do parágrafo primeiro, desse mesmo dispositivo, comanda a conciliação administrativa, enquanto método extrajudicial adequado à resolução do conflito oriundo a ser aplicada no sentido teleológico da prevenção do superendividamento do consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno do superendividamento, entre consumidor e fornecedor ou fornecedores de bens e/ou serviços, ocorre em decorrência de uma prática sistemática do consumidor no sentido progressivo do endividamento, ao longo do tempo agravado em face da prática recorrente que o leva ao esgotamento do seu poder financeiro.

O endividamento progressivo do consumidor gera repercussão não só jurídica, também em outras esferas da vida privada do consumidor. Desta forma, estará, enquanto cidadão, imerso em uma série de questões conflituosas, por si só, capazes de abalar a sua vida pessoal, suas relações familiares e profissionais, ao ponto de colocar em risco o mínimo existencial necessário para garantia das condições básicas de subsistência.

O limite de 30% (trinta por cento) para comprometimento da renda mensal do consumidor, especialmente, em consignados, fixado em atenção à dignidade e para garantia do mínimo existencial, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, parece não ser suficiente para estancar o superendividamento. Enquanto fenômeno sócio econômico, expressa uma realidade para a qual as autoridades devem dispensar especial atenção, envidando esforços para uma solução adequada célere e eficaz. Essa solução é viabilizada pela conciliação e, em face da complexidade do superendividamento, com o auxílio das técnicas de mediação.

O método resolutivo de conflitos que se adequa à solução dos conflitos de origem no superendividamento, é a conciliação porque a sua aplicação está incentivada pela Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, para aplicação, inclusive, extrajudicial, porque está alinhada com a Política Nacional das Relações de Consumo, relativamente à defesa do consumidor superendividado e também por ser um método, quanto aos resultados, extremamente exitoso. Por essa razão, a lei nº 14.181/2021, incentiva a instituição de núcleos de conciliação e mediação especializados em resolução de conflitos oriundos de superendividamento.

A conciliação, enquanto método que preza pelo consenso, pela autonomia da vontade dos conflitantes, deve ser aplicada, preferencialmente, nas relações em que não se verifica vínculo anterior entre as partes envolvidas na situação de conflitos.

Nada impede a aplicação das técnicas do método da mediação para potencializar os resultados da conciliação, relativamente à resolução das questões decorrentes do superendividamento.

O superendividamento, enquanto fenômeno multidimensional (Conselho Nacional de Justiça, 2024) e portanto complexo no que se refere à construção do consenso, impõe a

necessidade de uma pesquisa mais cuidada, no sentido do conhecimento, não só das causas que tornaram o consumidor superendividado, também das reais dificuldades para se chegar a uma solução adequada e satisfatória dos interesses envolvidos.

Tais informações são acessíveis por uma escuta ativa, técnica utilizada com êxito pela mediação dos interesses divergentes, porque esse método acessa com facilidade os níveis da subjetividade do consumidor, tornando a decisão que põe fim ao conflito adequada à realidade sócio econômica do consumidor e às possibilidades financeiras do fornecedor de bens e/ou serviços.

Além de auxiliar a facilitação para resolução do conflito, as informações prospectadas, contribuem para adoção de políticas, programas, e ações a serem implementadas para o enfrentamento do superendividamento, de forma a impactar, positivamente, na esfera pessoal do consumidor superendividado e também na sua esfera familiar, profissional, social e médica, no sentido da verificação da sua sanidade física e emocional. Vale lembrar que os interesses do fornecedor de bens e/ou serviços, devem ser também considerados, porque a abordagem deve ser sistêmica, relativamente às questões demandadas.

Na relação de consumo marcada pelo superendividamento, os conflitos são motivados por um progressivo e crescente desequilíbrio financeiro nas contas pessoais do consumidor, em uma progressiva acumulação de débitos, relativamente aos seus respectivos credores.

O montante financeiro considerado para o consumidor ou grupo de consumidores, deve ser também considerado para os fornecedores de bens e/ou serviços em relação ao superendividamento. Também estes suportam efeitos e tem as suas finanças abaladas.

Tanto maior o número de consumidores superendividados, maior será o volume financeiro envolvido em decorrência dos créditos constituídos.

O superendividamento, a depender do poder financeiro do consumidor, deve ser enfrentado com mecanismos jurídicos e também com a aplicação de técnicas mentais que favoreçam a resistência para a conduta recorrente de consumo, e fortalecendo o consumidor no posicionamento contrário às facilidades incentivadoras do consumo. Por isso, a necessidade de um apoio psicológico e da adesão dos fornecedores de bens e de serviços aos programas de enfrentamento ao superendividamento, principalmente quando as ações sejam implementadas na dimensão da prevenção.

O sistema jurídico brasileiro de defesa do consumidor incentiva a aplicação de mecanismos resolutivos, educativos e preventivos, a serem implementados, no curso da Política Nacional da Relação de Consumo que, na respectiva execução, em harmonia com a Política

Nacional de Tratamento Adequado do Conflito e alinhada com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, considera a conciliação enquanto método exitoso para resolução dos conflitos em geral, especialmente, quando aplicada com o auxílio do método da mediação.

Desta forma, desde 2021, com o advento da lei 14.181, a conciliação se apresenta como um método resolutivo referenciado pelos Núcleos de Conciliação e Mediação especializados, não só em resolução e prevenção de conflitos oriundos do superendividamento, também na promoção do empoderamento, pelas informações adquiridas (dimensão educativa), em face da sua participação, enquanto consumidor superendividado, nas sessões de conciliação.

Por todo o exposto, a abordagem sistêmica dos conflitos oriundos do superendividamento, pela aplicação do método da conciliação, potencializado pelas técnicas do método da mediação, observa a dignidade da pessoa do consumidor, pelo seu empoderamento e pela garantia do mínimo existencial, em esforço, consensual, recíproco e articulado com os seus respectivos credores, com a sociedade e o com as instituições do setor público e do setor privado.

REFERÊNCIAS

ANVISA. **Prefeitura de São Paulo, 2005.** Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/vigilancia_em_saude/arquivos/manual_consumidor.pdf

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm

BRASIL. **Lei 14.181, de 1º de julho de 2021.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14181.htm

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mediação e Conciliação: Qual a diferença?** Portal do CNJ, 2024. Disponível em: Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/#:~:text=A%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20um%20m%C3%A9todo,rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20conflito%20e%20imparcial.>

Conselho Nacional de Justiça. **CNJ atualiza classificação de processos para mapear superendividamento na Justiça**. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-atualiza-classificacao-de-processos-para-mapear-superendividamento-na-justica/#:~:text=Segundo%20pesquisa%20da%20Confedera%C3%A7%C3%A3o%20Nacional,fevereiro%20j%C3%A1%20registrado%20pela%20s%C3%A9rie>

HOUSEL, Morgan. **A Psicologia Financeira** – Lições atemporais sobre fortuna, ganância e felicidade. 1 ed. Rio de Janeiro, RJ: Harper Collins Brasil, 2021.

MACÊDO, Kátia Barbosa. **Corpo e Sintoma no Paciente Somatizador: Uma Visão Psicodinâmica**. Seielo Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/agora/a/QFfMmgxVS4xKHRbvLtFxQLH/#>

MARTINS, Giuliana. **Superendividamento: Quando a crise financeira afeta a saúde mental – conheça a lei que pode trazer de volta a sua paz**. Jus Brasil, 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/superendividamento-quando-a-crise-financeira-afeta-a-saude-mental-conheca-a-lei-que-pode-trazer-de-volta-a-sua-paz/2507436597>

OZI, Fábio. Neustein, Fernando Dantas M. GODOY, Lígia. **O atual cenário do superendividamento no Brasil e as iniciativas das autoridades**. Disponível em: <https://www.mattosfilho.com.br/unico/cenario-superendividamento-brasil/>

SERASA. **Mapa da Inadimplência e Renegociação de Dívidas**. 2024. Disponível em: <https://cdn.builder.io/o/assets%2Fb212bb18f00a40869a6cd42f77cbeefc%2F63e097304b0446f48433934a6685a388?alt=media&token=dab540dc-1f00-4809-9999-7407aa3e39fd&apiKey=b212bb18f00a40869a6cd42f77cbeefc>

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

MEIOS ALTERNATIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO E A PRETENSÃO RESISTIDA

ALTERNATIVE MEANS FOR RESOLVING CONSUMER DISPUTES AND RESISTED CLAIMS

José Geraldo Brito Filomeno¹

RESUMO

O número de processos judiciais no Brasil é assustador. Levantamentos feitos pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça (2022) e NUPOMEDE-TJSP – Núcleo de Monitoramento de Perfis de Demandas do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo (2022-2023), Brasil, apontam cerca de 83 milhões de processos em andamento no país, sendo um quarto deles no Estado de S. Paulo, o mais populoso do país, com seus 47 milhões de habitantes. Esforços têm sido feitos mediante a introdução no sistema extrajudicial dos chamados *instrumentos alternativos para a solução de conflitos*. Dentre eles a *mediação* ou *intermediação*, a *conciliação*, a *negociação* e o *juízo arbitral*. Todavia, pouco se fala, conforme expressamente disposto no Código de Defesa do Consumidor do país, das *atividades das próprias empresas-fornecedoras de produtos e serviços*, da obrigação delas ao disponibilizarem serviços de atendimento ao consumidor, por meio dos *S.A.C.'s* e das *Ouvidorias*. Ou seja, no momento em que o consumidor reclama por algum de seus direitos através de algum desses instrumentos das empresas e não é atendido, cabe-lhe socorrer-se dos órgãos do Judiciário. Ora, esse, ao nosso ver, é o principal incentivador para o *demandismo*. O presente ensaio, portanto, visa a enfrentar, ainda que brevemente esses obstáculos, apontando para algumas soluções, algumas *ex lege* e outras *de lege ferenda*.

Palavras-chave: Negociação; Conciliação; Juízo arbitral; Pretensão resistida.

ABSTRACT

The number of judiciary suits in Brazil is scaring. Research conducted by the NJC – National Justice Council (2022) and the BPLM-SPSSC – Board of Litigation Profile and Monitoring of the São Paulo State Supreme Court (2022-2023), have pointed out about 83 million of law suits in procedure in the country, of which a quarter of them in the State of São Paulo, the most populous in the country, with its 47 million inhabitants. Efforts have been enacted by the introduction into the extrajudicial system of the so-called *alternative instruments for the resolution of conflicts*. Among those the *mediation* or *intermediation*, the *conciliation*, the *negotiation* and the *arbitral board*. However, though, very little has been said about, as expressly required by the country's Consumer Defense Code, *about the activities of the*

¹ Advogado, consultor jurídico (Bonilha & Dias Teixeira – Advogados), professor de Direito do Consumidor, Doutor em Direito (área de Direito Comercial – Relações de Consumo) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi Procurador Geral de Justiça do Estado de S. Paulo, vice-presidente e relator-geral da comissão que elaborou o anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

various businesses in selling their products and services within que business to consumers relationship, in offering means of hearing complaints through their CHS – Consumer’s Hearing Service and Ombudsman Boards. That is, at the moment when consumers pledge their complaint before these aforesaid instruments due to some problem regarding their rights and are not satisfied, the way left will be the help of the Judiciary authorities. Well, this is, in our point of view, the most incentive towards demandism. The presente essay, therefore, intends to face, although briefly, such obstacles, by pointing out some solutions, some of which are ex lege and other ones de lege ferenda.

Keywords: Negotiation; Conciliation; Arbitration; Denied compliance.

INTRODUÇÃO

Os doutrinadores têm-se esforçado em demonstrar as vantagens dos chamados *meios alternativos de soluções de conflitos*, com fundamento em preceitos normativos dos Códigos Brasileiros de Direito Civil (20002) e de Processo Civil (2015), além de postulados do CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

Olvidam-se, todavia, de comentarem o pioneiro dispositivo a respeito dessa matéria, ou seja, em legislação precedente, qual seja, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.78, de 11-9-1990), mais precisamente em seu art. 4º, inc.V. Com efeito, antes dos mais, foi o que, pioneiramente já prescrevia que, dentre os princípios elencados no *caput* à guisa da Política Nacional de Relações de consumo, figura o “*incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de soluções de conflitos de consumo*”.

Conforme veremos em passos à frente, entretanto, deveriam enfatizar, antes de tudo, os serviços de atendimento ao consumidor (SAC’s) e Ouvidorias dos próprios fornecedores, cuja atuação não tem respondido aos anseios da sociedade consumeristas, dando azo, por conseguinte, ao descontentamento dos consumidores e consequente judicialização dos conflitos.

Não é por acaso, portanto, que esse passo inicial de resolução de conflitos nascentes, tem inchado preocupantemente os Juízos Especiais, Ordinários e Tribunais Estaduais e Superiores com um verdadeiro *tsunami* de nada menos que 83 milhões de processos judiciais em andamento, um terço dos quais apenas no Estado de S. Paulo, o mais populoso do país, com seus 47 milhões de habitantes.

Ao invés de tratarem desse fenômeno, principal instigador de conflitos não resolvidos conciliatoriamente, fincam os doutrinadores no entendimento de que esses meios alternativos de solução de conflitos restringem-se às *mediações, conciliações, negociações* e

juízos arbitrais, esquecendo-se das atividades profícuas --- porém não suficientes ---, dos órgãos dos Ministérios Públicos, Defensorias Públicas e, sobretudo, dos PROCON's nessa lida sem fim.

Daí porque ousamos demonstrar que, além desses instrumentos, outros são urgentemente necessários à implementação, com especial enfoque a materialização da antiga *Teoria da Pretensão Resistida*.

Em passos seguintes, portanto, trataremos, ainda que de forma breve, da atuação desses outros instrumentos de solução de conflitos, com passagem pela atuação dos Ministérios Públicos e dos PROCON's. Senão, vejamos.

1 ATUAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS

Como Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, tínhamos como uma das novas diversas atuações, o *atendimento ao público* nas diversas Comarcas Judiciais por onde passamos ao longo da carreira de 30 anos.

O atendimento era feito de maneira informal, ou seja, com o atendimento do *reclamante* seja em conflitos conjugais, abandono de menores sem pagamento de pensão alimentícia, ajuizamento de ações trabalhistas em favor de obreiros de várias categorias, à falta de uma Justiça Especial, apenas disponível em grandes centros urbanos, acidentes do trabalho, conflitos de vizinhanças urbana e, sobretudo, rural.

Deixamos aqui, à guisa de exemplificação uma pequena história, mas real e com resultado mais do que positivo.

Como então Promotor de Justiça na Comarca de Fartura², atendi a um humilde lavrador que havia arrendado uma pequena área, segundo ele de 4 *Selamins*³, e ali havia plantado arroz. Quando a planta já brotava, perdeu toda a futura e esperada colheita, pois as galinhas da propriedade vizinha haviam invadido sua plantação, devorando-a por quase completo. E, portanto, me perguntava *se havia leis para galinhas!*

Após contar sua história à qual ouvimos pacientemente, concluímos que então sim, havia *lei para galinhas*". Ou seja, o art. 1.521 do revogado Código Civil Brasileiro de 1916,

² Fartura, Estado de S. Paulo, distante cerca de 380 quilômetros da Capital, São Paulo, e situada no Sul do Estado, fronteira com o Estado do Paraná.

³ Selamin ou Celamin é uma antiga unidade de medida portuguesa, ainda em voga naquela região do Estado de S. Paulo, e que corresponde a 1/16 de um *alqueire paulista*, por sua vez equivalente a 24.200 metros quadrados. Ou seja: 1.512,5 m²s. x 4 = 6.050 m²s.

rezava que, dentre os responsáveis por indenizarem terceiros, figuravam os proprietários de animais que os deixarem soltos ou sem cuidados de modo a causarem prejuízos a terceiros.

Expedida uma *notificação* da nossa parte, tirada de um bloco muito em uso nas Promotorias de Justiça, compareceu a contraparte no dia e horário apazados, com todo o respeito. Expusemos a ele o problema e ele admitiu que a cerca divisória das propriedades estava rota e que demandaria um conserto. Pela lei brasileira, aliás, os marcos lindeiros a propriedades são de responsabilidades de ambos os proprietários dos prédios urbanos ou rurais divisórios. Isso ele aceitava fazer *de meia*, conforme se dizia.

A questão maior de prendia ou *quantum* a ser indenizado pela perda da colheita frustrada. Embora também nascido e criado no interior do Estado, não sabíamos como resolver essa questão: o reclamante dizia que iria colher 2 sacos e meio de arroz; já o reclamado clamava por só 1 e meio.

Instituímos então figura de um *árbitro ad hoc*, tarefa de que se incumbiu um cabo da Polícia Militar do Estado que, como também agricultor nas horas vagas ajudando seu pai, inspecionou a área e concluiu, com anotações à mão numa folha de papel, que a colheita não passaria de 1 saco e meio. Pronto. As partes aceitaram a *arbitragem* e, como o reclamado não dispusesse do equivalente em dinheiro, pagou o prejuízo com parte de sua própria colheita. Uma demanda a menos, por certo. E assim sucessivamente.

1.1 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO CONSUMIDOR

No dia 13 de junho de 1983, já lá se vão nada menos que 41 anos, fomos designado pelo então Procurador Geral de Justiça do Estado de S. Paulo, Dr. Paulo Salvador Frontini, para atuarmos no PROCON de S. Paulo, à época ainda consistente de uma dúzia, se muito, de servidores dedicados, recrutados de várias Secretaria de Estado (*e.g.*, Secretarias da Fazenda, Saúde, Agricultura, Ciência e Tecnologia etc.), para a tarefa de receber reclamações de consumidores, expedir orientações educativas, participar de estudos e simpósios sobre saúde, alimentos e outros setores, num casarão na Avenida Angélica, onde hoje se ergue um arranha-céu de 30 pavimentos.

Como Promotor de Justiça, nossa tarefa era a de funcionar no PROCON-SP como uma espécie de *segunda instância*, quando os abnegados servidores não logravam uma conciliação entre fornecedores e consumidores colocados lado a lado numa espécie de *audiência*. Além disso, se nos deparássemos com alguma *notitia criminis*, ainda que em tese

(e.g., crimes contra a saúde pública, à economia popular, estelionato, apropriação indébita e outros), requisitávamos a instauração de inquéritos policiais junto ao DECON-Departamento Estadual de Polícia do Consumidor.

Chegávamos às 07:00 hrs. à sede do PROCON onde no dedicávamos a essas tarefas; após o expediente almoço, e novo expediente, desta feita junto à 2ª Vara Judicial Distrital do Bairro do Ipiranga. E à noite, aulas em curso de direito.

Ao cabo de 6 meses, segundo levantamento que fizemos, conseguimos 329 conciliações e requisitamos 136 inquéritos policiais.

1.2 FORMALIZAÇÃO DOS ACORDOS

No início de 1984, recebemos a ilustre visita da saudosa Prof^a. Ada Pellegrini Grinover que, juntamente com os Desembargadores Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira, haviam sido incumbidos de redigiram um anteprojeto do chamado *Juizado de Pequenas Causas Cíveis*.

Ao explicar-lhes a minha experiência, entenderam que, embora os acordos ou conciliações por mim elaborados fossem reduzidos a termo, deveriam ter uma força executiva e incisiva.

E em razão disso, sobreveio a Lei Federal nº 7.244, de novembro de 1984, instituindo os citados *Juizados Especiais de Pequenas Causas*. Ou seja, para a apreciação de feitos com valores de alçada de 20 salários-mínimos, sem necessidade de advogado, e até 40 salários-mínimos já com necessidade da constituição de patrono da causa.

Mas a grande novidade foi estabelecer a lei, em seu art. 55, parágrafo único, que estabelecia que os *acordos referendados por membro do Ministério Público, passariam a ter natureza de título executivo extrajudicial, sujeito a protesto de título e execução forçada*.

Embora revogada essa lei pela superveniência de outra em 1995 (Lei Federal nº 9.099), esse dispositivo foi mantido e vigente até hoje (art. 57, parágrafo único). Além disso, a então nova lei passou também a disciplinar os processos criminais para *delitos de pequeno potencial ofensivo*.

Por força das Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de S. Paulo e do Manual de Atuação dos Membros do Ministério Público, de 1993 e 1999, respectivamente, nas Comarcas Judiciárias onde há mais de um Promotor de Justiça, ele também atende aos pleitos dos consumidores individualmente na atividade de atendimento ao público, desde que não haja

PROCON ou Juizado Especial de Pequenas Causas Cíveis. O critério é o mesmo para o único Promotor de Justiça na Comarca.

No mais, os membros do Ministério Público são incumbidos da Tutela Coletiva do Consumidor, nos âmbitos dos Interesses e Direitos Difusos, coletivos *stricto sensu*, e Individuais Homogêneos de Origem Comum⁴.

2 NEGOCIAÇÃO, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Embora particularmente não vejamos grandes diferenças entre essas técnicas de tentativas de composição de conflitos de interesses ou direitos, até porque todas elas visam a um desiderato comum, qual seja, o *acordo* ou a *conciliação de interesses* em si mesmos, apresentam alguma particularidade.

Quanto ao *juízo arbitral*, entretanto, entendemo-lo como um instrumento à parte e *sui generis*, eis que se constitui numa espécie de *justiça privada*, em que sempre haverá uma parte ganhadora e outra perdedora, ao contrário das demais tentativas de conciliação.

Resta evidenciado, outrossim, que certamente após instaurar-se o próprio juízo arbitral podem as partes chegarem a um acordo, devidamente referendado pelos árbitros.

2.1 NEGOCIAÇÃO

A negociação, como o próprio termo revela, é o contato direto entre titulares de interesses conflitantes, mas que, após discussões e tratativas em que ambas as partes são livres e capazes, chegam a um acordo ou entendimento, independentemente da atuação de terceiros, podendo até havê-los, caso assim entendam por bem nominá-los, mediante procuração, por exemplo. Não é a regra, todavia.

2.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Com a devida vênia de vários doutrinadores, que afirmam verem diferenças entre esses dois fatores, entendemos que não as encontramos, a rigor. Senão, vejamos

Dizem, por exemplo, que a *mediação* pressupõe sujeitos com interesses conflitantes que não se conhecem ou que anteriormente não tiveram qualquer relação jurídica.

⁴⁴ Cfr. Art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Já na *conciliação*, argumentam, as partes já têm um relacionamento jurídico que se torna conflitantes. E o exemplo mais comum é, no âmbito do Direito de Família, o *divórcio*; e no ramo negocial, o *desfazimento de uma sociedade comercial*.

O termo comum entre esses instrumentos, porém, é a existência de um *terceiro*, o *mediador* ou *conciliador*, independente das partes conflitantes, e que as ouve, conforme suas pretensões, propõe uma ou mais soluções e chega ou não a um consenso.

Ora, tanto em um como na outra, o que se visa é *efetivamente a conciliação* entre os *litigantes ainda de fato*, evitando-se que agravem o conflito a ponto de levar sua solução a um órgão estatal, no caso do Poder Judiciário. E, conforme dissemos no pórtico deste ensaio, é o que se quer justamente evitar.

3 JUÍZO ARBITRAL: ORIGENS, APLICABILIDADE E NO DIREITO COMPARADO

Antes de tratarmos especificamente desse instrumento, seja-nos permitido salientar, desde logo, que temos sérias restrições a ela no âmbito das *relações de consumo*. Até porque pressupõe grandes interesses conflituosos entre empresas poderosas e que podem se dar ao luxo de constituírem um *Conselho* ou *Junta Arbitral*⁵.

3.1 ORIGENS

Insta primeiramente, ainda que em breves considerações, voltarmos nos tempos e verificar qual é a origem desse instrumento.

Aprendemos, graças às aulas do eminente e saudoso Professor Celso Neves que assistimos ao postularmos créditos acadêmicos em Direito Processual Civil em Curso de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1979-1981)⁶, que na fase mais antiga do Direito Processual Romano, das chamadas *Legis Actiones*, ou seja, um número restrito de demandas, o processo de dava em duas fases: a) *in iure*; e b) *in iudicium*.

Ou seja, como o número de *praetores urbis* -- juízes togados --- era muito pequeno, foi criada uma classe dos *praetores peregrini*, cuja missão era percorrer as pequenas comunidades do ainda incipiente reino, ouvindo as pretensões e conflitos dos cidadãos em pleno

⁵ Cfr. Lei Federal nº 9.309, de 1996 (*Lei do Juízo Arbitral* no Brasil).

⁶ Fonte: apostilas autorizadas pelo Prof. Celso Neves para acompanhamento do curso de Direito Processual Civil III, Pós-Graduação, 1º semestre de 1979, mandadas encadernar pelo autor.

fórum (praça pública central de uma comunidade, tendo de um lado um templo consagrado aos deuses e de outro um prédio da autoridade local. E no meio, o comércio e trânsito de pessoas.

Do alto do prédio do poder político local, o *praetor* conclamava quem tivesse alguma demanda contra outrem e que se apresentasse a ele, expondo-lhe o *caso*.

Chamando, então, a outra parte, perguntava a ambas se aceitariam algum outro cidadão da comunidade para atuar como árbitro, desde que não fosse seu amigo íntimo e isento.

Chamado a dizer se aceitava decidir a causa posta, o terceiro cidadão, então, assumia perante o magistrado o solene juramento de atuar de acordo com a lei, e de forma isenta. E, perguntando novamente às partes se aceitavam o terceiro cidadão, respondiam cada qual, solenemente *spondeo*. Destarte, estava concluída a primeira fase do julgamento, a *in iure*, ou seja, conforme a lei.

Em face disso, o magistrado então escrevia numa pequena tábua de madeira o *rito procedimental* que o magistrado de fato deveria seguir até a conclusão e julgamento final. Ou seja, a declaração do autor, a contestação do réu, a necessidade ou não de perícia e oitiva de testemunhas. Esta era a segunda fase, *in iudicium*, processo em juízo privado.

Nosso antigo procedimento do Juízo Arbitral deu-se ao ensejo do Código de Processo Civil de 1939 e repetido no de 1973⁷. Ambos retratavam, em parte, a *amarração* dessa forma privada de aplicação da lei a uma prévia autorização do Poder Judiciário, bem como a homologação do então chamado *Laudo Arbitral*. Restou evidenciado, portanto, o pouquíssimo uso desse procedimento em razão da duplicidade de sua tutela: judicial e privada.

Com o advento da Lei Federal nº 9.309, de 1996, todavia, ganhou considerável autonomia, e somente em casos extremos de eventuais defeitos procedimentais (*e.g.*, parcialidade dos árbitros, descumprimento dos preceitos e condições elencadas pela lei especial e outros fatores) pode haver a intervenção do Poder Judiciário Estatal. Ou, ainda, pedido da execução da sentença arbitral.

Conforme já salientamos linhas atrás, os Juízos Arbitrais costumam ser instaurados mediante expressa previsão em contratos milionários entre grandes corporações, em razão da chamada *Cláusula Compromissória Arbitral*. Tudo em nome da rapidez e informalidade relativa. E, conseqüentemente, com polpudos honorários pagos aos árbitros.

Ao contrário do que se imagina, todavia, tivemos a oportunidade de examinar um voto de um dos árbitros numa pendenga entre duas grandes indústrias de bebidas, que contava nada menos que 100 laudas digitalizadas, sendo que o *feito* já perdurava por 3 anos.

⁷ Cf. seus artigos 1.072 a 1.102-C.

Ora, e como que ficaria o consumidor, parte evidentemente vulnerável das relações de consumo em face de seu fornecedor num juízo arbitral?

Não que isso seja impossível ou não factível. Mas, partindo-se daquele pressuposto fundamental da tutela do consumidor, o art. 51, inc. VII, de seu estatuto consumerista, reza expressamente que são abusivas, e por conseguinte, nulas de pleno direito, *aquelas que “que determinem a utilização compulsória de arbitragem”*.

3.2 APLICABILIDADE - ARGUMENTOS PRÓS, CONTRA E JURISPRUDÊNCIA INOVADORA

A) Prós - O próprio CDC,, em seu art. 4º, inc. V, estimula a instituição, pelos fornecedores, dentre outras coisas, de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.

Há de se entender esse dispositivo, porém, de forma restrita, porquanto se contrapõe, obviamente, aos disponibilizados pela Justiça Comum, ou mesmo Juizados Especiais Cíveis, ou ainda pelos PROCON's. Ou seja, figuraria o Juízo Arbitral, em um instrumento de natureza, em tese, privada. Sabe-se que órgãos do Judiciário se encontram literalmente *atolados* em milhões de feitos, em grande parte devido a conflitos dessa natureza, sendo de todo bom senso, por conseguinte, que se estabeleçam outros meios alternativos para a solução de conflitos de consumo, por razões evidentes, mas com ressalvas.

No âmbito dos fornecedores de modo geral, os tais *instrumentos alternativos* são, obviamente, os *S.A.C.'s – Serviços de Atendimento ao Consumidor e as Ouvidorias*. A questão é que, a cada ano que passa, a teor do disposto pelo art. 44 do Código de Defesa do Consumidor, que exige que cada órgão oficial de sua proteção publique os fornecedores que mais acumulam postulações não atendidas, essas se acumulam e, conseqüentemente, alimentem a judicialização desses mesmos pleitos.

B) Contra – Dificilmente se encontrarão pessoas isentas, em última análise, pois que os próprios fornecedores a atuarem --- ou não ---, antes mesmos de os referidos conflitos chegarem aos órgãos do Poder Judiciário ou dos PROCON's,

E isto ainda que, hodiernamente, essas reclamações de deem por telefone, *internet* disponíveis para servirem de árbitros, a não ser que seus serviços sejam devidamente remunerados, sendo de todo conveniente, aliás, que não haja apenas um árbitro, mas sim uma junta, comissão ou câmara arbitral, integrada, por exemplo, por três árbitros. Por outro lado, ao

consumidor não pode ser atribuído o ônus de pagar custas e honorários arbitrais. Isto sem se falar da questão, a ser superada, da cláusula compromissória arbitral.

C) Jurisprudência inovadora - Na qualidade de Coordenador das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de S. Paulo (1985-1997), recebemos com grata surpresa a comunicação, da parte do então Promotor de Justiça do Consumidor de Santo André, de que havia proposto a constituição de uma Câmara Arbitral, no âmbito da Câmara Municipal local, sem prejuízo das atividades do PROCON, na qualidade de mediador de conflitos.

Na verdade, a junta ou câmara de árbitros era constituída de três pessoas: pelo Promotor de Justiça do Consumidor local, que era seu presidente, por um representante da Associação Comercial e Industrial de Santo André, e por um funcionário do PROCON local.

A forma do procedimento era bastante simples e informal. Só que, chegando-se a uma solução, a *sentença* era assinada pelos dois árbitros e referendada pelo Promotor de Justiça, à luz do que então preconizava a antiga *lei de pequenas causas* (Lei Federal nº 7.244/1984), mais precisamente seu parágrafo único do art. 55. Os resultados foram excelentes. Entretanto, durou apenas enquanto o Promotor de Justiça permaneceu na Comarca, e terminou o mandato do vereador que havia idealizado esse interessante sistema.

3.3 NO DIREITO COMPARADO: ESPANHA E PORTUGAL

É evidente que referidos instrumentos existem em vários países, notadamente na Europa, uma vez que diretivas expedidas pelo Parlamento Europeu sempre estimularam esse tipo de resolução alternativa de conflitos.

Vejamos os modelos vigentes na Espanha e Portugal, países com os quais, evidentemente mantemos um vínculo cultural bastante estreito.

A) ESPANHA – Conforme o precioso trabalho elaborado pelo Prof. José Pablo Cortês,⁸ em apertada síntese:

Compete às Juntas Arbitrais de Consumo locais, por estímulo e supervisão do Instituto Nacional del Consumo, constituídas de um presidente e uma secretária (servidores públicos nomeados pelo governo), designarem os chamados Colégios Arbitrais de Consumo. Esses, por sua vez, são integrados por três membros => um representante da Junta respectiva, que é o seu presidente, um dos consumidores (indicado por uma associação de consumidores que haja encaminhado a questão), e por solicitação do consumidor ou, então, alguém escolhido de uma lista formulada pela mesma Junta; e, por fim, um representante do fornecedor em causa, designado pela classe ou órgão

⁸ Cf. *Arbitragem de Consumo*. Revista Direito & Paz, nº 02, Lorena, SP, 2000, ps. 113-129.

empresarial ou representativo da respectiva categoria; prazo – para resolução do conflito, é de 4 meses.

B) PORTUGAL – A autoridade administrativa dos chamados CACC – Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, é o CNIACC - Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo subordinado à Direcção Nacional do Consumidor. Cabe a esses Centros de Arbitragem, não apenas a solução dos conflitos por sentença arbitral propriamente dita --- no caso exercida por um único árbitro, concordantes as partes envolvidas.

Cabe-lhes, também, orientar e prestar informações aos consumidores, como os PROCON's, por exemplo. Além disso, são responsáveis igualmente por atividades de mediação e conciliação. Os árbitros são funcionários públicos designados pelo CNIACC, e sua decisão é definitiva. Esses centros foram instalados a partir, como já por nós dito, por uma diretiva da União Europeia – Diretiva nº 2013, e acolhida pela Lei Portuguesa nº 144, de 8-9-2015⁹.

C) JURISPRUDÊNCIA INOVADORA - Em recente artigo publicado pela revista eletrônica *Consultor Jurídico*¹⁰, o eminente Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci, salientou que, em casos de *hipossuficiência* de uma das partes, não se há falar em instauração de juízo arbitral, conforme decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Senão vejamos

Todos sabem que a convenção arbitral, celebrada livremente pelas partes contratantes, produz relevantes efeitos, implicando inclusive, quando arguida pelo requerido, a extinção do processo sem julgamento do mérito, a teor do disposto no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil. Foi exatamente o que ocorreu, num caso recentemente analisado, pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial de São Paulo, ao ensejo do julgamento do Apelação nº 1006072-45.2021.8.26.0100, com voto condutor do eminente desembargador Cesar Ciampolini. Em breve síntese, uma empresa franqueada ajuizou ação anulatória de contrato de franquia cumulada com pedido de indenização em face da franqueadora, que arguiu a existência de cláusula compromissória de arbitragem. Tal alegação restou acolhida pelo juiz de primeiro grau, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito. A requerente interpôs recurso de apelação contra a sentença, argumentando, como alicerce de suas respectivas razões, que teria dificuldade financeira para suportar os custos do processo arbitral, que não lhe foram devidamente informados ao ensejo da celebração do contrato de franquia. Pois bem, valendo-se de importante precedente da mesma turma julgadora (Apelação n. 1003513-24.2020.8.26.0271 — relator: desembargador Alexandre Lazzarini), o eminente desembargador Cesar Ciampolini, secundado pelos demais integrantes da turma julgadora, proveu a apelação da franqueada para anular a sentença. Merecendo todos os encômios, não precisa *ratio decidendi* do substancioso voto, o eminente desembargador Cesar Ciampolini, invocando os termos do anterior julgado, enfrentou a questão da hipossuficiência econômica da franqueada diante da franqueadora, ainda que aquela tenha manifestado livremente a sua vontade, concordando com a inserção da cláusula arbitral na oportunidade da assinatura do contrato. Reportando-se ao precedente acórdão, constou do voto condutor a seguinte fundamentação: (...) Assim, irrelevante a discussão se o contrato é um contrato de adesão ou é um contrato padrão e as filigranas que os distinguem, inclusive pelo fato de que ninguém é obrigado a ser franqueado. Isso é feito, pois a parte vislumbra uma oportunidade, diante das informações recebidas, de que se

⁹ Fonte: www.cniacc.port. Consulta feita em 12-9-2024.

¹⁰ Edição de 31-1-2023,

trata de um bom negócio empresarial. Da mesma forma, a própria questão da posição de empresário franqueado. Por isso, a nova redação do art. 421 e parágrafo único e o novo art. 421A, ambos do Código Civil, conforme a Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) não trazem alteração a questão posta, pois basicamente positivaram o entendimento dos Tribunais a respeito das relações contratuais empresariais (simetria etc.). Ora, não é possível desconsiderar, independentemente da extensão interpretativa que se dê aos contratos de adesão e/ou padrão, que a ausência adequada da informação e do esclarecimento, que são inerentes ao contrato de franquia (e a razão da Circular de Oferta de Franquia — COF), fulmina o contrato, no que diz respeito a cláusula compromissória, pois inequívoca a sua patologia, da forma que é apresentada. A informação e o esclarecimento das condições do contrato de franquia, são fatores de validade da própria relação contratual...". Nessa linha de raciocínio, asseverou o desembargador Cesar Ciampolini que, "por qualquer ângulo que se analise a questão, conclui-se pela evidente violação dos deveres de informação e de transparência da franqueadora, ao que tudo indica com intuito de induzir investidores, muitos deles aplicando todas suas economias no negócio, como sói acontecer, a tornarem-se franqueados, correndo o risco de ver o negócio encerrado, caso reconhecida a apropriação indevida, pela ré, do know-how". Por fim, a turma julgadora, ressaltando que, ausente a devida informação quanto ao custo de um processo arbitral, a despeito de a cláusula compromissória encontrar-se formalmente hígida, à luz da imperiosidade de transparência e informação, que igualmente deve informar o contrato de franquia, irrompe ela acoimada de inafastável patologia, visto que colide, na situação concreta, com o disposto nos artigos 122, 187 e 422 do Código Civil. Diante de tais fundamentos, reconhecida a invalidade da cláusula de arbitragem, imposta pela franqueadora à demandante, a apelação foi provida para anular a sentença, determinando-se a remessa dos autos à 1ª Vara Empresarial e de Conflitos relacionados à Arbitragem, para que o processo tramite regularmente perante a justiça estatal". Eis aí o reflexo do disposto no mencionado inciso VII do art. 51 do Código do Consumidor, quando proclama serem nulas de pleno direito cláusulas que imponham a utilização de juízo arbitral, no caso dos consumidores. Dessa forma, não há que se falar em juízo arbitral, como no caso também retratado no acórdão comentado linhas atrás, quando se tratar, ainda que não consumidora, empresa considerada hipossuficiente, incapaz, portanto, de arcar com os custos de um juízo arbitral.

4 SUGESTÕES QUANTO AO JUÍZO ARBITRAL

Feitas essas ponderações, permitimo-nos sugerir a instituição das *Juntas de Arbitragem para Conflitos de Relações de Consumo – JACRC* em nosso país, mediante as providências adiante aduzidas.

4.1 INSTITUCIONALIZAÇÃO

Assim como na Espanha há o *Instituto Nacional del Consumo* e em Portugal a *Direcção Nacional do Consumidor*, órgãos de cúpula dos respectivos sistemas nacionais de defesa e proteção do consumidor, o Brasil é também dotado de um órgão de cúpula. Ou seja, no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor dispomos da SENACON – Secretaria Nacional do Consumidor, competindo-lhe, por conseguinte, mediante proposta da CNDC –

Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, instituir as JACRC's – Juntas de Arbitragem para Conflitos de Relações de Consumo, preferencialmente no âmbito dos PROCON's;

4.2 COMPOSIÇÃO

No âmbito dos PROCON's, as mencionadas *Juntas de Arbitragem* serão integradas:

- a) *por um servidor de carreira do mesmo órgão público de defesa e proteção do consumidor, bacharel em Direito*, e por indicação do seu diretor-executivo, e que será seu presidente;
- b) *por um representante da entidade empresarial local* (e.g. Associações Comerciais e Industriais ou CDL's – Clubes de Dirigentes Lojistas ou outra equivalente), indicado por seu corpo diretivo, preferencialmente igualmente *bacharel em Direito*; sugere-se que esse representante do setor empresarial/fornecedores, seja *destacado de listas de nomes indicados pela respectiva entidade ao dirigente do PROCON competente anualmente*; e
- c) *um representante de associações não governamentais de proteção e defesa do consumidor*, indicado também pelo respectivo corpo diretivo, e *destacado de listas anuais encaminhadas ao PROCON respectivo*, e igualmente, de preferência, *bacharel em Direito*;
- d) *por um representante dos consumidores de entidade civil não-governamental*.

4.3 PROCEDIMENTO

A seguir o procedimento sugerido.

- a) *qualquer consumidor*, se assim o desejar, pode optar pela apreciação do conflito de que é um dos sujeitos pela JACRC da localidade onde reside, pessoalmente, ou de forma eletrônica, ou qualquer outro, conforme o meio que lhe for disponibilizado. Deve *comprovar*, como *conditio sine qua non*, que aderiu a compromisso arbitral, na forma preconizada pelo inc. VII do art. 51, combinado com o § 4º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor;
- b) recebida a pretensão do consumidor o presidente da JACRC designará *audiência de tentativa de conciliação dentro de, no máximo, 10 (dez) dias*;
- c) comparecendo ambas as partes, o presidente da JACRC proporá conciliação que, se aceita, será reduzida a termo, constituindo-se em título executivo extrajudicial em caso de descumprimento do que tiver sido avençado, arquivando-se o expediente; não comparecendo o consumidor, o procedimento será sumariamente arquivado; e se ausente o fornecedor, a questão será arbitrada à sua revelia;
- d) caso não haja acordo, será designada audiência de instrução e julgamento, em prazo não superior a 15 (quinze) dias, sendo permita a produção de provas documentais e testemunhais;
- e) finda a instrução, o presidente da JACRC fará o relatório da questão, colhendo desde logo o voto dos dois outros integrantes da JACRC, e por último proferindo o seu;
- f) proferida a sentença arbitral, ela igualmente *terá valor de título executivo extrajudicial*;
- g) a sentença arbitral é definitiva, não comportando recursos, nada impedindo que as partes, eventualmente se socorram ao órgão competente do judiciário, nas hipóteses previstas pela Lei nº 9.307, de 1996.

5 CONCILIAÇÕES COLETIVAS: OS TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS E AS CONVENÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO

Além das tentativas de conciliação *individualmente consideradas* -- ou seja, entre consumidor x fornecedor ---, há *conflitos coletivos*, que igualmente podem ser resolvidos mediante os chamados TAC's – Termos de Ajustamento de Condutas, e as Convenções coletivas de consumo. Senão, vejamos.

5.1 OS TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS

Nos termos dos artigos 8º a 10º da chamada *Lei da Ação Civil Pública* (Lei Federal nº 7.347, de 28-7-1985), o órgão competente do Ministério Público (*e.g.* Promotorias e Justiça de Defesa do Consumidor, as do Meio-Ambiente, dos Idosos, da Cidadania, da Infância e Juventude, do Patrimônio Público e outras especializadas), podem instaurar, sob sua presidência, os chamados *inquéritos civis*.

Esse instrumento tem por escopo investigar as circunstâncias em que se deu um acidente de consumo no âmbito difuso, coletivo ou individual homogêneo de origem comum. Ou seja, e respectivamente, por exemplo, na seara do consumidor: a) a permanência no mercado de um medicamento cujo *fator de risco* é maior do que o *fator benefício* (*interesse difuso* das pessoas que estejam potencialmente em periclituação de saúde ao ingeri-lo); b) a presença de uma cláusula abusiva em contrato de adesão uniforme em *planos de saúde*, que esteja a afetar um grupo determinado de aderentes que almejem sua declaração de nulidade (aqui presente um *interesse coletivo stricto sensu* dos contratantes); c) a ocorrência de um *desastre aéreo*, em que todos seus ocupantes vêm a falecer e cujas famílias fazem jus a uma indenização cabal, material e moral, de acordo com suas idades, ganhos e outros fatores (*interesses individuais homogêneos*, eis que são manifestamente individualizáveis, mas que tiveram a mesma causa ou fato).

Instaurado o inquérito civil para cada circunstância *retro* exemplificada, o Promotor de Justiça, ao cabo das investigações, pode optar: a) pelo arquivamento da peça inquisitiva por entender não haver o propalado dano ou prejuízo ao consumidor coletivamente considerado; nessa hipótese, caberá ao Conselho Superior do Ministério Público examinar as razões do arquivamento e homologá-las, ou não (nesse caso solicitará ao Procurador Geral de Justiça a designação de outro Promotor para intentar a competente ação civil pública, ou ação coletiva); b) poderá propor ao fornecedor de bens ou serviços um TAC – Termos de Ajustamento de Conduta, mediante o qual concorda com a pretensão do órgão público (como nos exemplos, a

retirada dos medicamentos perigosos do mercado; no segundo a retirada da cláusula abusiva do contrato de adesão; no terceiro, a indenização voluntária das vítimas); nesse caso em sendo atendidas as exigências que seriam os méritos de eventuais ações coletivas, o inquérito civil é arquivado; c) o pleito do órgão público não é atendido e são instaurados os processos coletivos.

Nossa experiência de 41 anos nesses misteres na área dos Direitos do Consumidor, mostrou-nos que é muito melhor e menos traumático para todos os interessados um *acordo*, mediante os mencionados TAC's, do que uma longa demanda judicial e com desfecho incerto.

Além disso, outros órgãos das Administrações Públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, igualmente podem obter a concordância de infratores a Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta, conforme previsto pelo art. 5º, § 6º da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/1985), por redação dada pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, a saber:

Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromissos de ajustamento de condutas às exigências legais, mediante cominações, que terá efeito de título executivo extrajudicial.

5.2 CONVENÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO

A Lei nº 6.729, de 1979, conhecida como a *Lei Ferrari* ou *lei das concessionárias de automóveis*, foi a inspiração dos autores do anteprojeto do vigente Código do Consumidor para esse tipo de acordo *coletivo*.

Ou seja, reunidos com seus respectivos concessionários/representantes/agentes vendedores, as montadoras deliberaram, dentre outros assuntos, que os veículos então produzidos, quando cessasse sua colocação no mercado, ainda mereceriam reparos mediante peças de reposição que deveriam permanecer à disposição por 10 anos, a partir dessa interrupção.

Por isso mesmo é que, ao cuidarmos do anteprojeto do Código do Consumidor, o então Secretário Estadual de Defesa do Consumidor e professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ex-Procurador Geral de Justiça do Estado de S. Paulo. Dr. Paulo Salvador Frontini, sugeriu que se estabelecesse um instrumento semelhante na ainda nascitura lei consumerista.

Daí o enunciado do art. 107, segundo o qual “*as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas*

ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo”.

Seus três parágrafos, a seu turno, dispõem sobre as condições e requisitos para que isto se dê: “§ 1º - A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos; § 2º - A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias; § 3º - Não se exige de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar em data posterior ao registro do instrumento”.

Sem embargo da enorme importância desse dispositivo, no sentido de conciliarem-se os interesses de fornecedores e consumidores, pouco tem sido aplicado.

Chegaram-nos exemplos tendo como protagonistas de um lado a Associação Mineira de Supermercados e do outro a Associação das Donas de Casa de Belo Horizonte, no sentido de fixarem normas, ainda que provisórias, no sentido de se manterem determinados produtos em períodos de entressafra por preços determinados.

6 PRETENSÃO RESISTIDA

Essa expressão era assaz utilizada pelos professores de Direito Processual Civil para definirem a ação judicial. Ou seja: ação é uma provocação da parte interessada contra o órgão competente do Poder Judiciário, no sentido de apreciar e julgar favoravelmente uma pretensão sua *que foi resistida pela parte contrária, baldados todos os esforços intentados no sentido de obtê-la por outros meios de molde a evitá-la*.

Logo que nos graduamos em Direito pela tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1970, fomos integrar o escritório de nosso pai, advogado e professor de Direito Civil há vários anos.

Embora meu projeto de vida profissional não fosse a advocacia e sim as carreiras na Magistratura ou no Ministério Público, o que de fato correu com relação a esta segunda Instituição, fomos aconselhados a ali trabalhar, até para cumprir os 2 anos de estágio então obrigatório, ao menos para a Magistratura, e contar, ao menos com 25 anos, pois carecíamos de ambos os requisitos.

A primeira lição de nosso pai foi exatamente no sentido de, sempre, tentarmos uma conciliação com a eventual parte *ex adversa* de nossos clientes.

Ou seja, encetávamos uma notificação judicial --- hoje é possível fazê-lo até mesmo por *e-mail* ou correios, em correspondência com o a devida comprovação de recebimento ---,

no sentido de propormos uma composição amigável de interesses, desde logo, aguardando determinado prazo para a manifestação do notificado.

Caso não houvesse resposta, ou uma tentativa frustrada de acordo, e somente nessas circunstâncias, é que ajuizávamos a ação competente.

E nossas petições sempre iniciavam com a ressalva de que: baldados todos os esforços intentados pelo então requerente, conforme comprovação dos autos em anexo de notificação judicial, ou aviso de recebimento dos correios ou, ainda, uma eventual ata de reunião realizada para sem surtir o efeito desejado, *somente nos restava o caminho judicial*.

E isto tudo, muito embora não houvesse um ditame legal expresso, quer no Código de Processo Civil de 1939, quer no de 1973. Com relação ao vigente Código de Processo civil previu, sim, uma *tentativa de conciliação prévia, mas desde que ambas as partes, já in iudicium, concordassem*.

6.1 JUDICIALIZAÇÃO EXTREMA DE CONFLITOS

Ora, conforme levantamentos feitos pelo mencionado NUPOMEDE do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como pelo CNJ, têm sido extremamente reduzidas essas realizações de audiências de tentativas de conciliação. Ou seja, em meio a 83 milhões de feitos em trâmite no nosso país, apenas cerca de 1.000 conciliações ao ano são realizadas.

E, mesmo nos núcleos de mediação existentes nos Juizados Especiais Cíveis, resultam em acordo algum, salvo raras exceções. Isto porque, comparecendo perante o mediador leigo, geralmente o preposto do fornecedor-réu sabe coisa alguma do que se trata e é um mero representante que percebe cerca de 100 reais para atuar como *figura de palha*. Como advogado, podemos assegurar que, por experiência própria é o que, infelizmente, ocorre.

E, nos chamados Juízos Ordinários (Varas Judiciais plenas), as audiências de conciliação somente acontecem quando ambas as partes concordam, conforme disposto pelo art. 334 do Código de Processo Civil, e seu § 4º, a saber:

Art. 334 Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (...) § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.”

6.2 O FRUSTRADO EXEMPLO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS¹¹

Por força da ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 01/2020 expedida pelo Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos (NUPEMEC) da 3ª Vice-Presidência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS determinou que “nas ações em que for admissível a autocomposição, a exigência de prévia comprovação da tentativa de negociação poderá ser considerada como condição para aferição do interesse processual, cabendo ao juiz suspender o feito, por prazo razoável, para que a parte comprove tal tentativa (Id. 4386686).

Referida decisão caiu por terra, em face de representação formulada por diversos advogados do referido Estado da Federação, perante o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, sob a seguinte argumentação: “Pedem a cassação da ORIENTAÇÃO DO NUPEMEC Nº01/2020 por vício subjetivo (de iniciativa) e, ainda, inconstitucionalidade orgânica, isto é, inobservância da competência legislativa para matéria processual”.

Vejamos alguns outros trechos da decisão em pauta:

O Código de Processo Civil de 2015 primou inegavelmente pelas formas consensuais de solução de conflitos, conforme preceitua o artigo 3º, §2º e §3º. Ei-lo:

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

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

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (grifos nossos). Nesse sentido, a Resolução CNJ nº 125/2010, com redação dada pela Resolução CNJ nº 326/2020, também o fez, ao estabelecer que “aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”. O artigo 334 traz também importante disposição a respeito do tema, *in verbis*: “Art. 334 Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”. Dessa forma, extrai-se da leitura do mencionado dispositivo que se estiverem presentes os requisitos essenciais da petição inicial, conforme o artigo 319 do CPC e se não couberem as hipóteses precisas do artigo 332 do CPC, o juiz DEVE DESIGNAR audiência de conciliação ou mediação, atendendo, com isso, aos anseios do Código de Processo Civil, ao primar pelas formas consensuais de solução de conflitos. Todavia, o §4º do artigo 334 do CPC enumera duas hipóteses de exclusão da composição consensual: desinteresse de ambas as partes ou quando o processo tiver como objeto direito material que não admite a autocomposição: “Art. 334 (...) § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente,

¹¹ Autos: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO - 0004447-26.2021.2.00.0000, do CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.” Assim, não é sempre que é possível a realização das mencionadas audiências e nesse caso o Código de Processo Civil não prescreveu a sua obrigatoriedade nem tampouco estabeleceu a tentativa de negociação “*como condição para aferição do interesse processual*”, tendo, portanto, o ato normativo questionado criado obrigações novas inexistentes na legislação específica, afrontando o Código de Processo Civil. A Comissão Permanente de Solução Adequada de Conflito igualmente manifestou-se no sentido que “*o Código de Processo Civil não torna compulsória a adoção dos métodos alternativos de conflitos como primeira via de resolução das demandas, tampouco exige a sua frustração como requisito essencial para que o cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário*”, tendo concluído que “*impossibilidade de se exigir, para caracterização do interesse processual, tentativa prévia de solução consensual de conflitos, até que sobrevenha legislação específica alteradora da atual, de modo a contemplar esse tipo de exigência*”. Por todo exposto, julgo procedente o presente Procedimento de Controle Administrativo, para determinar ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS que proceda a anulação da ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 01/2020, expedida pelo Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos (NUPEMEC) da 3ª Vice-Presidência deste órgão.

Insta observar que embora a referida decisão tenha abordado questão constitucional *a latere*, declinou de sua competência para declarar sua inconstitucionalidade, concluindo apenas, significativamente, que o órgão do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais não poderia *legislar* a respeito de matéria processual, competência tal reservada privativamente aos órgãos do Poder Legislativo, ou seja, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Vejamos o que reza a norma constitucional a respeito da judicialização de conflitos de interesses e direitos, em consonância com o citado art. 334 do Código de Processo Civil que prevê a tentativa de conciliação das partes envolvidas, mas de maneira *consensual entre elas, e não em caráter obrigatório*, conforme art. 5º inciso XXXV da Carta Constitucional de 1988:

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
E refletindo no Código de Processo Civil de 2015:

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

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

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

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

Exatamente em decorrência desse mandamento constitucional é que uma corrente da doutrina se manifesta contra a instituição dos meios alternativos para a solução de conflitos como *cogente* ou *conditio sine qua non* para a apreciação do órgão competente do Poder Judiciário.

Estamos com aqueles, contudo, que não veem como afrontar-se a norma em questão, aliás, de cunho pétreo que inadmite qualquer modificação por meio de emendas constitucionais.

O próprio CNJ, como acentuamos linhas atrás, aliás, é reticente a respeito do tema e em momento algum diz que essa natureza obrigatória dos referidos meios alternativos de solução de conflitos afrontaria o texto constitucional.

Ou seja, apenas diz que não é o órgão competente para tal e que, a resolução do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais é nula, já que não lhe cabe instituir *normas de caráter processual*.

Ora, assim sendo, nada impede que, por meio de projeto de lei ordinária, se aponha ao texto vigente do art. 334 do Código de Processo Civil um dispositivo de molde a exigir *qualquer meio alternativo de solução de conflitos*, mormente nas relações de consumo, que nos interessam mais intimamente, como *diligência obrigatória*, a ser demonstrada cabalmente do juiz competente para a causa, como meio frustrado, cabendo-lhe então a ele a solução mediante os termos procedimentais tradicionais.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, em muitos dos 50 Estados Federados já existe essa prática, e de caráter obrigatório. Ou seja, diante de um impasse entre dois sujeitos de direito, cabe normalmente a um deles tomar a iniciativa de tentar, junto aos defensores do outro, uma negociação, que é gravada em som em vídeo, com vistas à comprovação de ausência de acordo. E aí então, sim, haverá a parte *in iudicium* oficial para deslindar a questão posta.

Em nosso país, conforme já abordado passos atrás, vimos que, em matéria de conflitos nascidos de relações de consumo, *além dos SAC's e Ouvidorias*, o primeiro passo no sentido de uma possível composição conciliatória, há os PROCON's, entidades não-governamentais de defesa e proteção do consumidor, plataformas eletrônicas, como o www.consumidor.gov e outros foros informais de tentativas de conciliação.

Não vemos, portanto, como diminuir-se o enorme e entravado acervo de milhões de feitos, a não ser por esses caminhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acervo de mais de 83 milhões de processos nos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro, para uma população economicamente ativa de 125 milhões de habitantes é assustador e, por conseguinte, impende que se proponham medidas efetivas para sua melhor racionalização.

Os maiores responsáveis por esse absurdo, são os próprios fornecedores, não todos evidentemente, mas uma boa parte deles, que apenas têm em vista os custos de atendimento aos

pleitos ou reclamações dos seus consumidores, preferindo que os levem ao Judiciário, que certamente demoram mais tempo. E para as audiências de tentativas de conciliação, mandam prepostos despreparados sem saberem do que se trata na verdade, às custas de um modesto *cachê*. Desta forma, não basta colocar em rótulos ou embalagens, ou mesmo peças publicitárias que a empresa *Tal* dispõe de SAC e Ouvidoria, que não funcionam.

Dentre tais medidas alternativas, por outro lado, tanto o Código Civil vigente, de 2002, quanto o Código de Processo Civil, por sua vez de 2015, além de resoluções expedidas pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça e os diversos Tribunais Superiores do país, quanto pioneiramente já o diz o Código de Defesa do Consumidor, figuram as chamadas *formas alternativas de soluções de conflitos de interesses e direitos*, ou seja, a negociação, a intermediação, a conciliação e o juízo arbitral.

Ocorre, entretanto, que referidos instrumentos, à exceção do *juízo arbitral*, em que os interessados atendem à *cláusula compromissória* a que aderiram para tê-lo como julgador privado, as tentativas de conciliação previstas, especificamente pelo art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, *não são obrigatórias*. Para sua submissão, ambas as partes devem concordar, sob pena de o processo ter seguimento.

Ao nosso ver, à semelhança do que já ocorre em outros países, como nos Estados Unidos da América, por exemplo, as *negociações* entre os advogados das partes são exigidas pelos juízos competentes como condição para o início do processo judicial.

De forma alguma essa providência está a desrespeitar o estatuído pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que reza que nenhuma lesão a direitos poderá ficar sem apreciação do Poder Judiciário. Ora, mas nenhuma ficará, caso não haja o acordo! Simples assim.

No âmbito coletivo, existem ainda os chamados *inquéritos civis* com seus T.A.C.'s – Termos de Ajustamento de Condutas, a cargo dos Ministérios públicos e órgãos públicos legitimados *ex vi* do disposto no art. 44 do Código de Defesa do Consumidor, em procedimentos administrativos sancionatórios; além disso, existe, a teor do art. 107, também do Código do Consumidor, das chamadas *convenções coletivas de consumo*.

Ocorre, entretanto que, conquanto os Termos de Ajustamento de Condutas têm sido largamente utilizados tanto pelos órgãos do Ministério Público como pelos PROCON's, por exemplo, o mesmo não ocorre com as Convenções Coletivas de Consumo, em que devem sentar-se frente a frente um representante de uma entidade não-governamental de defesa do consumidor, e outro de uma classe de fornecedores, por exemplo.

De lege ferenda, portanto, nossa proposta é que se provoque o Congresso Nacional, pelos meios constitucionalmente previstos, com vistas à modificação do disposto no art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, no sentido de tornar as mediações e tentativas de conciliação, além da negociação entre as partes *obrigatórias como meios alternativos para a solução de conflitos*.

- ***Quem garante todos empregos não são os empresários, os sindicalistas ou os governantes. São os consumidores*** (John Hicks, prêmio Nobel de Economia, 1972).
- ***“O consumidor é elo mais fraco da economia. E nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco”*** (Henry Ford)
- ***“Não basta investir em publicidade; é preciso orientar internamente as pessoas de uma empresa para aprenderem a respeitar e tratar bem quem lhes paga o salário: o consumidor”*** (Marcos Cobra, professor e profissional de marketing).
- ***Ao atenderem bem os seus consumidores, as empresas não fazem mais do que sua obrigação; atendê-los como de fato merecem, eis a diferença entre elas”*** (Filomeno)

O USO INEFICIENTE DAS PLATAFORMAS ONLINE DE RECLAMAÇÕES E GESTÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO NO BRASIL: UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA

Igor Rodrigues Britto

1 INTRODUÇÃO

1.1 SISTEMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ADAPTADOS AO DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES

As plataformas online de reclamações e gestão de conflitos de consumo surgiram no Brasil como promessa de inovação significativa na defesa dos direitos dos consumidores, especialmente no contexto de um mercado cada vez mais digitalizado. Tanto como um modelo de negócio no mercado privado como equipamentos de políticas públicas, as plataformas online de disputas para relações de consumo vêm sendo desenvolvidas com o propósito anunciado de facilitar a resolução de conflitos de consumo, oferecendo uma interface direta entre consumidores e empresas para lidar com queixas de forma célere e eficiente. Suas implantações e expansões são publicamente defendidas por grandes corporações fornecedoras de produtos e serviços, pelos órgãos nacionais de defesa de consumidores e mais recentemente pelas mais altas cortes do Judiciário brasileiro. Seus defensores e promotores alimentam as esperanças na diminuição da judicialização de conflitos de consumo, na proporção do maior uso de tais sistemas pelas pessoas queixosas do mercado de consumo.

Se, por um lado, o desenvolvimento de plataformas online de reclamações de consumidores e solução de conflitos de consumo, como a consumidor.gov.br, administrada pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça do Brasil, e outras mantidas por agências reguladoras setoriais, foi um passo importante para fortalecer o acesso à justiça e à proteção de direitos do consumidor, por outro lado, elas não demonstram efetividade na pacificação de conflitos de consumo, na diminuição de reclamações e nem mesmo na “desjudicialização” das demandas consumeristas. Mais ainda, não se identificam efeitos na melhoria dos serviços e

produtos fornecidos no mercado de consumo, não havendo mudanças ou melhorias significativas nos índices de reclamações e demandas de consumidores.

A hipótese que se apresenta para a falta de efetividade dessas plataformas para a melhoria do mercado de consumo brasileiro é a sua relação com o uso inadequado ou mau aproveitamento dessas ferramentas por parte de reguladores e autoridades públicas. Questões como inconsistências na coleta e no tratamento de dados, limitações no monitoramento de violações reiteradas e falta de integração entre diferentes plataformas e agências reguladoras são frequentemente citadas como obstáculos para que essas plataformas cumpram seu potencial pleno.

Todo desenvolvimento e implementação de sistemas online de resolução de conflitos de consumo no Brasil deverão, por imperativo constitucional, fazer parte da política nacional de defesa de consumidores, e, portanto, não ser confundida com mera instância alternativa de autocomposição entre as partes em uma relação de consumo, mas também como instrumento de prevenção de violações e fiscalização punitiva de infratores.

Em outro estudo, destacamos sobre a natureza dos direitos de consumidores do Brasil como um direito social, de defesa inafastável dos mais vulneráveis da relação de consumo pelo Estado:

A Constituição Federal exige a atuação do Estado protetor dos consumidores como um dever fundamental, e não é à toa. Não se trata, portanto, apenas de reconhecer a falência do Direito Civil para solucionar conflitos de consumo, que em razão da sua natureza de dar tratamento igualitário às partes coloca em risco a segurança jurídica para a parte contratante em natural desvantagem. Não se trata também de substituir o Direito Comercial, que visando garantir a proteção da livre iniciativa e das garantias empresariais macularia assim integralmente os “interesses do cliente”. Como já dito, a Constituição Federal brasileira identifica no Direito do Consumidor algo muito maior do que esses pressupostos. Reconhece no consumo a cidadania, reconhece no consumidor o sujeito vulnerável detentor de direitos fundamentais na sociedade de consumo, e reconhece no Estado o seu inafastável dever de proteção dos vulneráveis (BRITTO, 2017).

A gestão de conflitos de consumo pelo Estado, não pode, no Brasil, ser realizada sob os mesmos moldes que se faz para solucionar conflitos entre familiares, entre indivíduos ou entre empresários. Toda plataforma pública de resolução de disputas em relações de consumo obrigatoriamente deve ser desenvolvida como um instrumento de proteção de direitos de consumidores, o que significa o uso dos dados ali registrados para monitoramento de mercado, de fiscalização punitiva e de acesso à justiça, sob pena de repersonalização do Estado por omissão.

2 AS PLATAFORMAS ONLINE DE RECLAMAÇÕES E GESTÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

O desenvolvimento de plataformas como o consumidor.gov.br no Brasil teve suas raízes na necessidade de modernizar e agilizar a defesa dos direitos do consumidor em um ambiente onde as relações de consumo se tornaram mais complexas e multifacetadas. A iniciativa partiu de uma colaboração entre o Ministério da Justiça e Segurança Pública, a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) e órgãos estaduais e municipais de defesa do consumidor, Procons, visando centralizar queixas e resolver conflitos de maneira prática e eficiente. Outras plataformas, como as mantidas por agências reguladoras de setores específicos (telecomunicações, saúde suplementar e serviços financeiros), também já vinham sendo adotadas com o intuito de monitorar e regular os mercados regulados com base em dados e evidências coletadas das denúncias e reclamações de consumidores.

Além das iniciativas federais, alguns órgãos públicos estaduais de defesa de consumidores - Procons implementaram suas próprias plataformas de gestão de reclamações e de resolução online de disputas, permitindo um monitoramento mais localizado e específico. Embora estas plataformas regionais sejam menores em escala, elas muitas vezes apresentam melhores taxas de resolução devido à proximidade com o consumidor, mas especialmente porque na maioria das vezes seguem a prática tradicional dos agentes públicos dos Procons, de emprego de uma postura mais ativa como legítimos defensores estatais dos interesses dos consumidores, pela qual dominam e empregam técnicas apropriadas de negociação assistida. Sobre esse aspecto já tivemos oportunidade de detalhar em estudo anterior (BRITTO E SANTOS, 2009), por meio do qual demonstramos que o emprego de tais posturas e pelos Procons na gestão de conflitos de consumo tendem a surtir muito mais efeitos em resolutividade do conflito e na adequação das práticas pelas empresas reclamadas.

As plataformas de reclamação no Brasil têm como principal função fornecer um canal oficial para que consumidores possam registrar suas queixas contra empresas de forma simples e acessível. Entre as funcionalidades mais comuns, incluem-se:

- Registro e monitoramento de queixas: Consumidores podem registrar suas reclamações e acompanhar o andamento de sua resolução em tempo real;

- Autocomposição direta: Empresas recebem as reclamações e têm a oportunidade de responder diretamente ao consumidor, buscando uma solução amigável;
- Coleta de dados: As plataformas também têm a função de coletar dados agregados das reclamações para identificar padrões e tendências, que podem ser usados para orientar ações de fiscalização e outras medidas regulatórias, e poderiam, inclusive, ser aproveitadas para formulação de políticas públicas.

3 ANÁLISE CRÍTICA DO USO DAS PLATAFORMAS POR REGULADORES PELAS AUTORIDADES DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ENTES REGULADORES

3.1 A PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR, A OMISSÃO DOS AGENTES PÚBLICOS E A AUSÊNCIA DE UMA POLÍTICA EFICAZ DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS DE CONSUMO

Ainda que o **consumidor.gov.br** tenha sido anunciado no Brasil como “sistema alternativo de solução de conflitos de consumo com a finalidade de estimular a autocomposição entre consumidores e fornecedores para solução de demandas de consumo ” (Decreto 8573/2015) e de adesão voluntária de fornecedores de produtos e serviços, o seu desenvolvimento como serviço público à disposição dos órgãos estatais de defesa de consumidores, indica que foi também projetado para complementar o trabalho de fiscalização realizado por órgãos como o PROCON e as agências reguladoras. Esta afirmação se faz contrariando, logicamente, os mais altos interesses dos grandes fornecedores que, voluntária ou obrigatoriamente, (pois uma agência reguladora, a de aviação civil, ANAC, determinou por norma que as operadoras deste setor integrem à plataforma, que passou a ser seu canal oficial de recebimento de reclamações) participam dessa plataforma. Ao mesmo tempo, os órgãos públicos gestores desse sistema (em especial, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e os Procons) acabam “pactuando”, não oficialmente, em não anunciar o uso dos dados de reclamações registradas nesse sistema como instrumento de fiscalização de condutas infrativas aos direitos dos consumidores, com o provável objetivo de estimular a ampla adesão da plataforma pelos fornecedores do mercado brasileiro. Entretanto, essa omissão clara sobre o aproveitamento, ou não, da plataforma para fins de monitoramento

fiscalizatório e punitivo (como se pode ver na descrição oficial da página <https://consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>), contraria os objetivos legais implícitos na norma que regulamenta o serviço.

Prevê o Decreto n. 8.573/2015 que: (art. 2º) São objetivos do Consumidor.gov.br: I - ampliar o atendimento ao consumidor; II - prevenir condutas que violem os direitos do consumidor; (...) IV - contribuir na elaboração e implementação de políticas públicas de defesa do consumidor. Se considerarmos que qualquer serviço público de defesa de consumidores deve ser pautado no Brasil pelo dever constitucional fundamental de que (art. 5º, XXXII, C.F.B) “*o estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”, e que a Lei brasileira (em específico, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor), determina que a política nacional das relações de consumo é pautada pela: (art. 4º) “*ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor por iniciativa direta*” e “*pela presença do Estado no mercado de consumo*”, conclui-se, desde já, que ao não usar os dados de registros de reclamações de consumidores em plataformas públicas de resolução online de conflitos para fins de fiscalização e de intervenção protetiva de consumidores no mercado de consumo, os agentes públicos envolvidos estão se omitindo no seu dever legal e constitucional de agir, e eventualmente poderão ser acusados de prevaricação.

Tal omissão não pode ser atribuída apenas aos órgãos diretamente envolvidos com a gestão da plataforma, mas também deve ser levantada contra todas as agências reguladoras brasileiras, cujas competência de atuação estão diretamente relacionadas aos temas e empresas reclamadas por consumidores. A falta de integração adequada e coordenação concreta entre sistemas dos entes reguladores brasileiros, como Banco Central, Anatel, Aneel, Ans e Anac para denúncias e reclamações de consumidores com os sistemas consumidor.gov.br e demais eventualmente adotados pelos Procons, representa um dos maiores desafios para a eficácia de uma política de resolução alternativa de conflitos de consumo no Brasil. A ausência de um sistema de dados unificado impede que informações cruciais sejam compartilhadas de forma eficiente, resultando em uma fragmentação que dificulta o monitoramento e a fiscalização de práticas abusivas.

A coleta de dados de reclamações oferece uma oportunidade única para que autoridades monitorem a reincidência de práticas abusivas por parte de empresas. No entanto, em muitos casos, as queixas registradas nas plataformas não levam a investigações ou ações regulatórias concretas, e as empresas reincidentes continuam a operar sem enfrentar consequências significativas. A falta

de respostas efetivas não só prejudica os consumidores, mas também desestimula a confiança nas plataformas, que passam a ser vistas como meros espaços de registro simbólico.

É preciso lembrar também que plataformas públicas nacionais como consumidor.gov.br e outras locais que venham a ser desenvolvidas e adotadas por órgãos estaduais, quando por mais que sejam difundidas como meios alternativos de solução de conflitos, continuarão sendo, necessariamente, instrumentos de políticas de defesa de consumidores, ou seja, mecanismos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Por isso, jamais poderão ser afastadas dos deveres constitucionais desses órgãos de intervir nas relações de consumo com o objetivo de proteger direitos e punir infratores nos termos da lei. Sobre isso, há muitos anos já defendíamos em outro estudo, muito antes da adoção de sistemas online de gestão de conflitos de consumo por esses órgãos:

Em que pese a importância dos PROCONS enquanto instância de administração de controvérsias individuais de consumo, não se pode ignorar o fato de que integra o rol de seus encargos, com vista a dar maior eficiência à intervenção do Estado nas relações de consumo, o emprego de esforços em prol da prevenção de conflitos coletivos de consumo. Sendo assim, ao tomar conhecimento da existência de uma demanda individual manifestada ao PROCON, o agente deve considerar o fato de que o descontentamento de um indivíduo pode refletir a insatisfação de toda coletividade de consumidores. As lesões narradas por um consumidor também seriam, portanto, com grande probabilidade, sentidas por um número incalculável de outros indivíduos. Os escopos dos PROCONS são atingidos quando logram êxito em atender aos anseios dos consumidores (por meio das estratégias de solução de conflitos individuais), reprimindo os conflitos que lhes são manifestados, mas também, atuando no sentido de promover ações administrativas de prevenção de outros conflitos da mesma natureza (BRITTO E SANTOS, 2009).

Plataformas de reclamação poderiam ser uma ferramenta poderosa para monitorar padrões de comportamento de mercado e identificar práticas comerciais abusivas. Mas a atual falta de integração de dados e análise sistemática por parte das agências reguladoras limita significativamente sua eficácia. As informações disponíveis nas plataformas não são devidamente utilizadas para identificar tendências e práticas irregulares que se repetem ao longo do tempo, o que impede uma atuação preventiva e proativa dos órgãos reguladores.

A falta de interoperabilidade entre diferentes plataformas e a dificuldade em integrar dados de múltiplos sistemas representam uma das principais barreiras para o uso efetivo dessas ferramentas no Brasil. Além disso, obstáculos institucionais, como a burocracia excessiva e a resistência à modernização de processos por parte de algumas agências reguladoras, limitam ainda mais a eficácia das plataformas.

Ao mesmo tempo, o volume de dados coletados pelas plataformas poderia servir como uma base de evidências sólida para a formulação de políticas públicas mais informadas e eficazes. Essa é inclusive uma recomendação de organismos internacionais aos quais o Brasil busca incansavelmente sua inserção, como a OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Em uma das suas diversas recomendações sobre políticas de defesa de consumidores, a Recomendação do Conselho sobre Resolução de Litígios de Consumo e Reparação, a OCDE destaca que sistemas adotados pelos seus países membros para resolução de conflitos de consumo precisam contar com “*mecanismos de coleta de reclamações de consumidores e análise de tendências de mercado*”. A OCDE recomenda que: “*os países-membros devem trabalhar para garantir que tenham sistemas para coletar reclamações dos consumidores e, quando necessário, analisar tendências de mercado*” (OCDE, 2007).

O uso de dados de reclamações de consumidores como evidências para a formulação de políticas e regulamentações é algo que deveria estar consolidado no Brasil como prática valiosa para identificar problemas, informar decisões, avaliar a eficácia de políticas, além de melhorar a transparência da intervenção do Estado no mercado. Os dados de reclamações podem sinalizar problemas sistêmicos no mercado, como práticas comerciais abusivas, produtos inseguros ou serviços de baixa qualidade. Ao analisar as reclamações, os órgãos reguladores podem identificar as áreas que necessitam de maior atenção e direcionar suas ações para resolver os problemas mais urgentes. Comparando os dados de reclamações antes e depois da implementação de uma nova política, é possível avaliar sua eficácia em proteger os consumidores. E ao tornar públicos os dados de reclamações, os órgãos reguladores aumentam a transparência e a confiança dos consumidores no sistema.

Contudo, o uso desses dados no Brasil é frequentemente limitado à publicação de relatórios e estatísticas que não resultam em ações políticas concretas. Políticas públicas que abordem questões estruturais, como práticas de venda enganosa, cláusulas contratuais abusivas e falhas sistêmicas em serviços essenciais, poderiam ser desenvolvidas a partir das tendências observadas nas plataformas de reclamação, mas a falta de uma abordagem sistemática e baseada em dados impede o progresso nesse sentido.

3.2 FALHAS METODOLÓGICAS E FALTA DE CONSISTÊNCIA DOS DADOS

O uso da consumidor.gov.br e dos sistemas de gestão de reclamações de algumas agências reguladoras para medir a resolutividade de conflitos e adequação de posturas de fornecedores enfrenta sérios problemas metodológicos.

Um exemplo contundente é o apontado pelo Ministério Público de Minas Gerais (MPMG, 2024) em ofício recente enviado à Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). No documento, intitulado como “*Contestação do Procon-MG sobre metodologia da plataforma consumidor.gov.br chega ao Ministro da Justiça*”, o MP/MG destacou que reclamações não avaliadas pelos consumidores são consideradas “resolvidas” na plataforma, distorcendo a percepção sobre a eficiência das empresas e da própria plataforma. Esse método cria uma falsa impressão de alta resolutividade, o que induz consumidores e agentes públicos ao erro ao confiar na qualidade do atendimento das empresas reclamadas.

Segundo o MP/MG, em 2023, dos 163.317 registros na plataforma em Minas Gerais, 49,78% não foram avaliados pelos consumidores, e, mesmo assim, foram contabilizados como resolvidos. O índice médio de solução divulgado foi de 77,05%, enquanto a porcentagem real de resoluções efetivamente avaliadas pelos consumidores foi apenas de 22,04%. Essa discrepância revela uma inconsistência metodológica grave que compromete a credibilidade da plataforma.

É fácil perceber que o referente às reclamações finalizadas avaliadas como resolvidas é muito menor do que o Índice Médio de Solução, já que a maior parte das reclamações não são sequer avaliadas pelos consumidores. (...) E, assim, o que se vê na prática, é a utilização desse índice por muitos fornecedores de forma a distorcer a realidade, induzindo todos aqueles que consultam ou recebem informações do sistema à falsa percepção de que a maior parte das reclamações apresentadas são resolvidas por meio da plataforma, o que não é verdade. (...) Conclui-se então que as reclamações não avaliadas pelos consumidores não devem ser consideradas como ‘Resolvidas’ pelos fornecedores para o cálculo do índice médio de solução, induzindo em equívoco aqueles que interpretam os dados sistematizados pela plataforma (MP/MG, 2024).

A falta de uso eficiente das plataformas de reclamações para fiscalizações mais rigorosas tem resultado em sanções ineficazes e repetitivas para empresas reincidentes. Existem relatos de setores com altos índices de queixas onde as infrações continuam a ocorrer mesmo após a aplicação de multas. Isso sugere que as plataformas não estão sendo utilizadas como deveriam para analisar e mitigar comportamentos recorrentes e prejudiciais ao consumidor.

De acordo com o estudo do Ministério Público de Minas Gerais, a distorção gerada na divulgação de dados de desempenho de resolutividade dos fornecedores reclamados no consumidor.gov.br pela população daquele estado pode ser verificada da seguinte forma:

Empresa	Índice Médio de Solução	Reclamações finalizadas como resolvidas
VIVO TELEFÔNICA	90,44%	52,27%
CLARO CELULAR	88,98%	39,45%
TIM	90,28%	47,78%
BANCO BRADESCO	81,57%	7,65%
BANCO ITAÚ UNIBANCO	78,32%	14,86%
BANCO INTER	74,69%	11,84%

Figura 1 – “Diferença entre o índice médio de solução divulgado pelo Governo Federal na plataforma consumidor.gov.br e o índice de reclamações efetivamente avaliadas por consumidores como resolvidas pela mesma plataforma”.

Fonte: MP/MG (2024).

A mesma crítica do Ministério Público de Minas Gerais às metodologias adotadas para cálculo de “índice médio de solução” por gestores públicos de plataformas online de resolução de conflitos de consumo, também foi registrada em estudo da Fundação Getúlio Vargas sobre “Resolução eletrônica de conflitos em agências reguladoras” (SALINAS E GUERRA, 2020).

A pesquisa acadêmica da FGV discute a eficácia da resolução eletrônica de conflitos em agências reguladoras brasileiras. A adoção de tais sistemas por agências reguladoras possui dupla função. A função jurisdicional inclui a resolução de conflitos entre agentes regulados e consumidores, como um papel fundamental das agências. As funções extra jurisdicionais da adoção deste instrumento pelas agências incluem a melhoria do desempenho regulatório, de fiscalização e de sancionamento das agências.

O estudo de pesquisadores da FGV aponta críticas contundentes à metodologia de avaliação das reclamações por agências reguladoras. Numa análise específica do sistema adotado pela ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, o estudo destaca que:

O mecanismo adotado pela ANS aproxima-se daquele adotado por outras agências reguladoras, como a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), mas se diferencia dele na medida em que atrela o meio de resolução de conflitos a um processo administrativo sancionador.

Os autores seguem explicando o modelo da agência reguladora dos planos e seguros de saúde privados:

A ANS adotou um procedimento pré-processual de solução de conflitos entre beneficiários e operadoras de planos privados de saúde. Denominado de Notificação de Intermediação Preliminar (NIP), esse procedimento permite que beneficiários de planos de saúde apresentem, por meio de qualquer canal de atendimento da ANS, uma ou mais demandas de reclamação envolvendo descumprimento de normas legais, regulamentares ou contratuais por parte das operadoras de planos de saúde. (...) A NIP gerida pela ANS permite que a empresa se voluntarie para reparar dano causado ao beneficiário. A reparação voluntária tempestiva ou a improcedência da demanda, confirmada pelo setor de fiscalização da ANS, impedem a instauração de processo administrativo sancionador. Para que a demanda seja considerada resolvida por reparação voluntária tempestiva, a operadora deve informar e comprovar à ANS (...) que contactou o beneficiário e que solucionou sua demanda. Não é necessário, para que a demanda seja considerada resolvida pela ANS, que o beneficiário contate novamente a agência. Caso o beneficiário não se manifeste, a ANS presumirá que a demanda foi resolvida dez dias após receber a resposta de reparação voluntária pela operadora. (...) Esses dispositivos que tratam da reparação voluntária mostram que a NIP não possibilita a ampla e irrestrita negociação entre agente econômico regulado e consumidor. Por esse motivo, a ANS prefere se referir ao procedimento da NIP como uma plataforma de mediação eletrônica, e não de negociação. Ainda que não confira ampla autonomia negocial, a NIP é vantajosa para o agente econômico regulado, já que ele não sofrerá sanções pelas infrações anteriormente praticadas. Como visto na seção anterior, técnicas conciliatórias têm por foco corrigir a infração – e não punir o infrator (SALINAS E GUERRA, 2020).

O estudo aponta que a ANS adota, assim como a Secretaria Nacional do Consumidor em sua plataforma consumidor.gov.br, uma metodologia que distorce os resultados dos índices de resolutividade de conflitos online. Isso ocorre porque a ANS considera como resolvidos os casos em que não houve manifestação expressa do beneficiário, o que significa que não é possível confirmar se de fato o beneficiário teve sua demanda resolvida.

A ANS entende como caso resolvido aquele que é finalizado sem a necessidade de abertura de processo administrativo sancionador. Desse modo, não apenas as NIP classificadas pela ANS como resolvidas, mas também as inativas são consideradas atendidas pela agência reguladora. Entende-se, no entanto, que essa interpretação enviesa os dados, de modo que apenas as NIP classificadas como resolvidas são consideradas neste artigo para medir o índice de resolutividade desse mecanismo eletrônico de resolução de conflitos adotado pela ANS (SALINAS E GUERRA, 2020).

Sobre o modelo adotado pela ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil, os pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas lembram:

Anteriormente à celebração do acordo com a Senacon, a Anac não dispunha de mecanismo alternativo de resolução de conflitos entre consumidor e agente econômico regulado. Ao receber a reclamação, a Anac contactava a empresa aérea e verificava se ela havia ou não

cometido alguma infração às normas de aviação civil. Em caso afirmativo, a agência determinava a sanção aplicável. Por outro lado, as informações sobre as reclamações dos consumidores do setor aéreo registradas no portal consumidor.gov.br foram, até 2016, apenas aproveitadas pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Desde março de 2017, no entanto, quando o acordo de cooperação com a Senacon entrou em vigor, a Anac passou a redirecionar reclamações de usuários recebidas por seus canais de atendimento para a plataforma consumidor.gov.br. Assim como a ANS, a Anac passou a estimular a resolução alternativa de conflitos por meio da Internet. Diferentemente da ANS, no entanto, a Anac terceiriza a gestão e a operação desse serviço para outro órgão público (SALINAS E GUERRA, 2020).

Portanto, ao contrário da ANS, a ANAC não possui um mecanismo próprio para a resolução de conflitos entre consumidores e empresas aéreas, optando pela plataforma consumidor.gov.br. Essa decisão demonstra uma ausência de uma política mais robusta para a defesa dos direitos dos consumidores no setor aéreo, uma vez que a plataforma, embora relevante, não substitui a necessidade de um sistema especializado e eficiente para a resolução de disputas e análise de reclamações de consumidores contra companhias aéreas, sob a perspectiva da avaliação do desempenho das operadoras do setor.

Ao fazer a comparação entre os sistemas adotados pela ANS e pela ANAC (ou seja, o sistema original da ANS e a plataforma consumidor.gov.br que a ANAC passou a adotar como oficial e obrigatória para as empresas do setor aéreo), os pesquisadores da FGV destacaram:

As reclamações registradas no portal consumidor.gov.br são classificadas como “resolvida”, “não avaliada” e “cancelada”. As demandas resolvidas são aquelas que receberam avaliação do consumidor por meio de notas de satisfação que variam de 1 a 5. Já as reclamações não avaliadas são aquelas nas quais não há manifestação do consumidor acerca do atendimento de sua demanda. Por fim, as reclamações canceladas são aquelas revogadas pelo consumidor. O sistema de informações do portal consumidor.gov.br também classifica como solucionadas não só as demandas classificadas como resolvidas, mas também as reclamações não avaliadas. Assim como ocorre com a ANS, verifica-se distorção de dados por parte do portal que administra as reclamações da Anac (SALINAS E GUERRA, 2020).

Para abordar essa questão, seria necessária uma reformulação do sistema de coleta e análise de dados para permitir que reguladores detectem padrões de infração de maneira preventiva. Isso poderia incluir relatórios automáticos para órgãos de fiscalização quando empresas atingirem certos limiares de reclamações não resolvidas, especialmente para resolver problemas causados por violações coletivas de direito de consumidores, ou seja, casos de maior gravidade detectados pela análise de reclamações que indicam registros de infrações reiteradas por fornecedores.

Além disso, não se pode subestimar o uso dessas plataformas para proposição de políticas públicas, que exigem abordagem baseada em evidências. A subutilização das plataformas de reclamações afeta também a formulação de políticas públicas. Sem uma análise profunda e transparente dos dados disponíveis, fica difícil identificar demandas urgentes de consumidores e definir prioridades de ação regulatória. Em muitos casos, a criação de políticas reativas resulta em medidas paliativas, em vez de soluções estruturais que possam beneficiar consumidores e regular mercados.

Dessa forma, a implementação de sistemas mais sofisticados para coleta e interpretação de dados pode fornecer subsídios valiosos para a formulação de políticas públicas. A criação de parcerias entre reguladores, empresas e entidades de defesa do consumidor pode fortalecer a transparência e a confiança na resolução de disputas.

4 CONCLUSÕES: DESAFIOS E OPORTUNIDADES NA UTILIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS

A análise crítica apresentada neste artigo sugere que, embora as plataformas de reclamação online no Brasil representem um avanço significativo para a defesa do consumidor, sua eficácia é severamente limitada pela falta de integração e pelo uso inadequado dos dados coletados.

Para que essas ferramentas cumpram seu verdadeiro potencial, é necessário que as autoridades revisem suas práticas, desenvolvam uma abordagem mais coordenada e se comprometam a usar os dados disponíveis para efetivamente reprimir condutas que violem os direitos do consumidor, como mecanismos de ação governamental efetivamente protetora de consumidores, criar políticas públicas informadas e estruturais e aperfeiçoar a regulação a partir das falhas de mercado nitidamente demonstradas pelos dados de reclamações de consumidores. Somente assim será possível garantir um sistema de defesa do consumidor que realmente proteja os interesses dos cidadãos e promova um ambiente de consumo mais justo e transparente.

A análise crítica apresentada também revela que problemas metodológicos levam ao uso inadequado das plataformas de gestão de conflitos de consumo prejudicando o verdadeiro potencial desses sistemas na proteção dos direitos dos consumidores. A contabilização de reclamações não avaliadas como resolvidas, e a falta de integração entre dados de plataformas e órgãos reguladores ilustram falhas significativas que necessitam ser resolvidas.

Para superar esses desafios, é essencial que as autoridades de defesa do consumidor adotem uma série de medidas que incluem melhoria na coleta e análise de dados, integração e coordenação entre órgãos e uso estratégico de dados para políticas públicas e regulação.

Espera-se das autoridades nacionais de defesa de consumidores e entes reguladores a implementação de técnicas avançadas de análise de dados para identificar tendências e padrões que possam indicar práticas abusivas persistentes, sem ignorar a falha metodológica apontada pelo Ministério Público de Minas Gerais e estudiosos do tema, a fim de considerar como índice médio de solução apenas as reclamações efetivamente avaliadas pelos consumidores como resolvidas.

Também continua sendo necessário o desenvolvimento de sistemas integrados e interoperáveis que facilitem o compartilhamento de dados entre os órgãos públicos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e agências reguladoras.

E por fim, os diversos Poderes da República precisam aplicar as informações coletadas em bases de dados oficiais de reclamações de consumidores para a formulação de políticas públicas preventivas que abordem as causas das reclamações e não apenas os sintomas de problemas sistêmicos.

REFERÊNCIAS

BRITTO, Igor Rodrigues; SANTOS, Ricardo Goretti. O papel do PROCON na Defesa Qualificada dos Interesses dos Consumidores: o acesso à justiça e os métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, vol. 4, n. 4, 2009, Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21619>.

BRITTO, Igor Rodrigues. A Política Nacional das Relações de Consumo como Direito Social no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania**. Brasília, v.2, n.2, jan../jun., 2017, disponível em: <https://revista.iesb.br/revista/index.php/ojsiesb/article/view/33/22>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. (02 de Julho de 2024). **Ofício nº 489/2024 - PGJMG/PROCON-MG**. Belo Horizonte. (documento não publicado)

MPMG. **Contestação do Procon-MG sobre metodologia da plataforma consumidor.gov.br chega ao Ministro da Justiça**. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/contestacao-do-procon-mg-sobre-metodologia-da-plataforma-consumidor-gov-br-chega-ao-ministro-da-justica.shtml>

OCDE. **Recomendação do Conselho sobre Resolução de Litígios de Consumo e Reparação.** Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0356>.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; GUERRA, Sérgio. Resolução eletrônica de conflitos em agências reguladoras. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1949. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201949>.

O PODER JUDICIÁRIO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DIANTE DOS GOLPES VIRTUAIS

THE JUDICIAL POWER AND CONSUMER PROTECTION FROM VIRTUAL SCAMS

Fábio Torres de Sousa¹

RESUMO

O artigo analisa a atuação do Poder Judiciário, tecendo breve consideração sobre a base constitucional a lei de defesa do consumidor, bem como sobre a legislação nacional de proteção a golpes virtuais, marco civil e de privacidade de dados. Com foco no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apresenta posição sobre o entendimento jurisprudencial em casos de aos golpes virtuais.

Palavras-chave: Poder judiciário; Efetividade da lei; Defesa do consumidor em juízo; Golpes virtuais; Decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

ABSTRACT

The article analyzes the performance of the Judiciary, making a brief consideration of the constitutional basis of the consumer protection law, as well as the national legislation to protect against virtual scams, civil law and data privacy. Focusing on the Court of Justice of Minas Gerais, it presents a position on the jurisprudential understanding in cases of virtual scams.

Keywords: Judicial power; Effectiveness of the law; Consumer protection in court; Virtual scam; Judgements of the Court of Justice of Minas Gerais.

INTRODUÇÃO

A análise da vida moderna, no mundo de líquido de Bauman, indica que nunca a sociedade se viu, como agora, compelida a encontrar formas atuais e eficientes de resguardar a efetivação dos direitos de um Povo, pela força do direito.

Na seara de proteção ao consumidor, temos presenciado uma frequente tentativa de violação da proteção constitucional da Lei n. 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), em diversas áreas. Por isso, ao lado da ação normativa, o Poder Judiciário, como detentor do monopólio jurisdicional, deve consolidar a aplicação, a idealização da legislação de proteção

¹Mestre em direito pela UFMG. Pós-graduado em direito econômico pela UFMG. Pós-graduado em direito constitucional pela UNISUL/IDP/LFG. Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga-FADIPA. Desembargador do Tribunal de Justiça ed Minas Gerais. Associado do BRASILCON. E-mail: fabiotsousa@uol.com.br.

ao consumidor, dando efetividade do direito e assegurando mecanismos de pleno acesso à Justiça, pois na lição de Cappelletti o acesso à justiça pode ser encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.²

No Brasil, a atuação do Judiciário consolidou o Código de Defesa do Consumidor, mas tem se deparado, a cada dia, com uma série de ações ilegais de violação desse direito consumerista, mormente, diante do avanço vertiginoso dos últimos anos da informática. A vida social sempre indicou a presença de golpes, tentativas e sucessos em iludir e tirar vantagem. Isso, com o acesso a internet, teve um aumento na quantidade e modalidades de golpes para obter vantagem ilícita, os quais merecem pronta resposta, não só para corrigir suas consequências, mas para de igual forma, prevenir e evitar que ocorram.

Quando se trata de golpes virtuais contra o consumidor, ensina Gustavo Ferrari Correa³ que:

As causas mais comuns de golpe contra o consumidor são: golpe do whatsapp; clonagem de número de telefone; clonagem do cartão de crédito; uso indevido ou falsificação de documentos; fraude em financiamento; compras online em sites falsos e venda de dados pessoais.

A realidade da pandemia da Covid-19, com a implantação de trabalho home office, as aulas virtuais e elevação da presença das pessoas no ambiente do computador ou celular, como elevação da quantidade de pessoas conectadas, a vulnerabilidade aos crimes e golpes aumentou. Dados reunidos pela Federação Brasileira de Bancos⁴ (Febraban) indicam que:

Desde o começo da pandemia da Covid-19, os criminosos têm aproveitado a maior permanência das pessoas em casa e o crescimento exponencial de transações digitais para aplicar golpes na população. Destacam-se os crimes que usam a engenharia social, que consiste na manipulação psicológica do usuário para que ele lhe forneça informações confidenciais, como senhas e números de cartões para os criminosos, ou faça transações em favor das quadrilhas. Levantamento feito pela FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos) mostra o crescimento de 165% nos golpes de engenharia social no primeiro semestre de 2021 em comparação com o semestre anterior (2º de 2020).

² CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11-13

³ Golpes contra o consumidor: como se prevenir e pedir seus direitos. Principais causas de golpes contra o consumidor: da prevenção à proteção de direitos. Disponível em <https://jus.com.br/imprimir/88493/golpes-contra-o-consumidor-como-se-prevenir-e-pedir-seus-direitos>. Publicado em 02/2021. Acesso em 01/02/2023

⁴ Crescem golpes envolvendo manipulação de vítimas para roubo de informações pessoais. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3704/pt-br/>. Acesso em 20/02/2023.

Segundo o Instituto DataSenado⁵, em pesquisa de 01/10/2024:

Os golpes digitais vitimaram 24% dos brasileiros com mais de 16 anos nos últimos 12 meses. São mais de 40,85 milhões de pessoas que perderam dinheiro em função de algum crime cibernético, como clonagem de cartão, fraude na internet ou invasão de contas bancárias.

Assim temos vistos que inúmeros golpes e crimes cibernéticos ocorrem e acometem consumidores desprevenidos, vulneráveis ou hipervulneráveis. Cumpre então ao direito a proteção dessa nova realidade, conjugado a atualização da legislação e uma atuação eficaz do Judiciário.

O presente artigo busca tecer algumas considerações sobre essa proteção do consumidor, a invocação legislativa e como o Judiciário, mormente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), vem apresentando respostas a essa nova realidade que o consumidor moderno enfrenta, A realidade dos golpes virtuais.

1 BASE NORMATIVA DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A primeira e primordial base legal da defesa do consumidor é a Constituição, que fixa, no art. 5º, XXXII, que “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*” e estabeleceu, como princípio da ordem econômica, no art. 170, V, a defesa do consumidor.

Na lição de Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins⁶, essa defesa

Pode ser considerada, como afirma Eros Roberto Grau um ‘Princípio constitucional impositivo’ (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado.

Na força desse mandamento constitucional e do art. 48 do ADCT, surge em 1990 a Lei n 8.078 feita com objetivo de equilibrar diferenças entre o fornecedor, parte economicamente mais forte, e o consumidor, parte vulnerável. Visou o legislador criar legislador criar um conjunto de normas, harmônico e principiológico, que permitisse ampla proteção, regulamentação adequada do consumo e fácil acesso dessa proteção, quando violada.

⁵ Senado Federal. Disponível em : <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/10/01/golpes-digitais-atingem-24-da-populacao-brasileira-revela-datasenado>. Acesso em 04/10/2024.

⁶ Arruda Alvim et alii, Código do Consumidor Comentado, R.T., 2ª ed., p. 13.

Conforme anotou Luís Eduardo Brito Scoton “o CDC constituiu-se como verdadeira norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro”⁷.

A Lei 8.078/90 mudou a realidade jurídica brasileira. Poucas leis foram tão eficazes e efetivas na sua aplicação e na concretização do seu ideal de Justiça, na forte penetração social de uma lei conhecida e muito utilizada pelo cidadão. Como indicou Helio Zaghetto Gama⁸ veio para se fundado:

1º) na igualdade de tratamento; 2º) na proteção contra as discriminações; 3º.) na equidade de tratamento; 4º.) no respeito aos direitos e às liberdades individuais das pessoas; e 5º) na indisponibilidade de direitos frente aos fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor, veio, então, traçar o balizamento da proteção e fixar paradigmas para a análise legal e doutrinária quando se aborda relacionamento consumidor-bancos.

Não se nega que nas relações de consumo protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor, aplica-se a Teoria do Risco da Atividade, na qual recai sobre aquele que oferta a atividade os riscos inerentes ao negócio profissional. A Profa. Cláudia Lima Marques⁹, ensina sobre a responsabilidade das instituições bancárias, asseverando:

A responsabilidade imposta pelo art. 14 do CDC é objetiva, independe de culpa e com base no defeito, dano e nexo causal entre o dano ao consumidor-vítima (art. 17) e o defeito do serviço prestado no mercado brasileiro. Com o CDC, a obrigação conjunta de qualidade-segurança, na terminologia de Antônio Hermam Benjamin, isto é, de que não haja um defeito na prestação do serviço e conseqüente acide de consumo danoso à segurança do consumidor-destinatário final do serviço, é verdadeiro dever imperativo de qualidade (arts. 24 e 25 do CDC), que expande para alcançar todos os que estão na cadeia de fornecimento, ex vi do art. 14 do CDC, impondo a solidariedade de todos os fornecedores da cadeia, inclusive aqueles que organizaram, os servidores direto e indiretos (parágrafo único do art. 7º, do CDC).

O Min. Paulo de Tarso Sanseverino¹⁰, no EREsp 1695778/RJ, teve a oportunidade de discorrer sobre teoria do risco profissional, anotando:

O elemento central dessa cláusula geral é a expressão "atividade normalmente desenvolvida", pois vai estabelecer a amplitude do seu âmbito de incidência. Trata-se

7Análise econômica do direito do consumidor: o Código de defesa do consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/C2012/article/view/177> Acesso em 27/09/13.

8 Curso de direito do consumidor, 3ª. Ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo.2008. p.21.

⁹ Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 6 ed. rev., atual e ampl. / São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 568

¹⁰ REsp 1695778/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 24/08/2018

de um conceito jurídico indeterminado, cuja complementação do conteúdo é atribuída aos operadores do direito. Têm-se duas opções hermenêuticas para a expressão "atividade normalmente desenvolvida": uma interpretação extensiva e outra restritiva. A interpretação extensiva permite incluir toda atividade normalmente desenvolvida por uma pessoa que possa ser considerada de risco. Uma interpretação aberta desse conceito jurídico indeterminado pode criar problemas, pois parte significativa das atividades que executamos na vida em sociedade são de risco, bastando lembrar os acidentes de trânsito. Tem prevalecido, por isso, uma interpretação restritiva da expressão atividade normalmente desenvolvida, limitando a sua abrangência para aqueles fatos em que o agente atua de forma estruturada, com a finalidade de obter vantagem econômica. Resultam de uma atividade organizada, cujo desenvolvimento também apresenta riscos.

A norma da Lei 8078/90 e a Constituição Federal são, pois, os dois principais pilares normativos acolhidos pelo Poder Judiciário para a aplicação do direito do consumidor, os quais, no diálogo de fontes com outras normas, buscam assegurar a defesa do consumidor diante de golpes virtuais.

2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DE PROTEÇÃO AOS GOLPES/CRIMES VIRTUAIS

A realidade de utilização da internet e de meios digitais para realização de golpes e crimes forçou uma atualização da legislação nacional, sendo de interesse acompanhar a evolução das normas, construídas e aprimoradas na proteção da privacidade e dados pessoais

Destacamos, no presente trabalho, sem o fulcro de aprofundar o estudo de cada uma, algumas dessas normas que traçam o caminho legislativo, o qual, em conjunto com o CDC, fornecem instrumentos legais ao Poder Judiciário, para efetiva atuação, quer seja na esfera criminal, quanto na cível, trazendo para a normatização remédios de combate a inovação de golpes virtuais que se renovam constantemente.

3.1 LEI N. 12737/2012

A Lei nº 12.737/12, conhecida como a Lei Carolina Dieckmann⁷ alterou o Código Penal ao acrescentar os artigos 154-A e 154-B e alterar os artigos 266 e 298. Objetivava i uma segurança no ambiente virtual.

O texto tratou de crimes que decorrerem do uso indevido de informações e materiais pessoais que dizem respeito à privacidade de uma pessoa na internet, como fotos e vídeos, criando o crime de invasão de dispositivo informático, além de acrescentar os parágrafos 1º e

2º no artigo 266, fazendo com que incorra com as mesmas consequências do artigo quem interrompe, impede ou dificulta serviços de informação que sejam públicos.

Ao mesmo tempo altera o artigo 298 para equiparar os cartões de crédito ou débito como documentos particulares, na hipótese que ocorrerem crimes de falsificação de documento.

Na visão de Aldemar Monteiro¹¹, supervisor das Defensorias Criminais em Fortaleza:

A Lei Carolina Dieckmann é considerada a principal ferramenta legal para a segurança virtual dos brasileiros”, pois “trouxe uma ferramenta a mais para punição dos crimes informáticos, porque antes o [mecanismo] que tínhamos tratava-os apenas como atos preparatórios. Antes, só o fato de você ter acesso ao dispositivo não era considerado crime. Com o advento da lei, isso passou a ser crime.

Certamente a norma apresenta críticas. Para Carlos Eduardo Gonçalves¹² a lei poderia ter sido melhor elaborada e ter sido mais bem estudada pelo Poder Legislativo. Contudo, não se esquece a sua importância como marco legal na proteção contragolpes virtuais.

3.2 LEI N. 12.965/2014

O Marco Civil da Internet foi a segunda norma a tratar do tema de fraudes digitais. A Lei veio estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, além de preservar os dados pessoais e a privacidade dos usuários.

É fonte importante na proteção do consumidor e dentro do diálogo de fontes deve interagir para que a efetividade do CDC seja ampliada no mundo virtual, tanto na prevenção como na repressão de golpes.

Como ensina Laura Schertel Mendes¹³ *“é possível por meio da aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor e do Marco Civil da Internet extrair-se um direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais na Internet.”* Na mesma linha

¹¹ Lei Carolina Dieckmann: 10 anos da lei que protege a privacidade dos brasileiros no ambiente virtual. Disponível em <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/lei-carolina-dieckmann-10-anos-da-lei-que-protege-a-privacidade-dos-brasileiros-no-ambiente-virtual/>. Acesso em 20/01/2023

¹² Lei Carolina Dieckmann completa 10 anos com baixa efetividade, avalia especialista. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/lei-carolina-dieckmann-completa-10-anos-com-baixa-efetividade-avalia-especialista-02122022>. Acesso em 15/01/2023

¹³ O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de direito do consumidor, São Paulo. ERT, vol. 106 • jul.-ago. / 2016.

Guilherme Magalhaes Martins¹⁴ discorre que o deve haver diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90).

A Lei foi importante avanço normativo e tem servido de sustentação a uma realidade de proteção de dados e privacidade, que quando violadas geram golpes e dano aos consumidores. Assim, as normas contêm fundamentos de proteção que aprimoraram a defesa do consumidor contra golpes virtuais.

3.3 LEI N. 13.709/2018

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), conforme fixa seu artigo 1º, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Em síntese, visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo. Estabelece uma estrutura legal de direitos dos titulares de dados pessoais e como ensina a jurista Laura Schertel Mendes¹⁵, a Lei Geral de Proteção de Dados inaugura um modelo ex-ante de proteção de dados, pois o legislador criou uma série de deveres de conduta que impactarão na mensuração da responsabilidade dos agentes em eventual vazamento de dados.

Como marco legal contra golpes virtuais, em síntese, a Lei Geral de Proteção de Dados destina-se a indicar a responsabilidade dos agentes que detêm dados pessoais que foram vazados, importando as medidas adotadas para evitar este vazamento e importando nas respectivas sanções.

3.4 LEI N 14.155/2021

Originada no Projeto de Lei 4.554/2020, a lei veio alterar o Código Penal, atualizando a legislação diante das mudanças que ocorrem no mundo, para tornar mais graves

¹⁴ Responsabilidade objetiva do provedor de aplicações de internet. Disponível em : <https://www.sedep.com.br/artigos/responsabilidade-objetiva-do-provedor-de-aplicacoes-de-internet/>. Acesso em 01/02/2023

¹⁵ MENDES, Laura Schertel. Habeas Data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. Internet & Regulação. coords.: Laura Schertel Mendes, Sérgio Garcia Alves, Danilo Doneda. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021

os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet, e fixar a competência em modalidades de estelionato.

Quando da justificativa do Projeto de Lei (PL) 4.554/2020, o Senador Izalci Lucas¹⁶, apresentou os seguintes argumentos:

O Jornal Folha de São Paulo de 26/08/2020 noticia que a pandemia fez aumentar drasticamente o número de fraudes cometidas de forma eletrônica, gerando perdas de aproximadamente R\$ 1 bilhão. Segundo a mesma fonte, a alta foi de 70% e os montantes envolvidos já se apresentam como empecilho à redução de juros ao consumidor, vez que se elevaram os riscos envolvidos. Esse tipo de crime tem atingindo, inclusive, os beneficiários do auxílio emergencial. Estima-se que 600 mil fraudes foram praticadas somente no pagamento do benefício. São inúmeros os canais de imprensa que vem noticiando a explosão de ocorrências em que criminosos estão lucrando durante a pandemia. Observa-se que tem havido um aumento crescente de crimes dessa natureza nos últimos anos, mas que o número disparou durante a pandemia. A situação agrava-se ainda mais quando os servidores de rede utilizados para o crime estão situados fora do país. O Banco Central emitiu alerta sobre fraudes durante a pandemia, quando os golpes via WhatsApp ultrapassaram 11 milhões de casos. Bandidos usam inclusive aplicativos de informação sobre o Coronavírus para enganar os cidadãos de bem. Nosso país alcançou o terceiro lugar no ranking mundial em registros de fraudes eletrônicas. Os criminosos, em função da branda legislação brasileira, estão escolhendo o Brasil como terreno fértil para seguirem impunes. (...). O volume de fraudes já começa a afetar a economia do país, gerando perda do poder aquisitivo e também perdas emocionais por parte das vítimas. Diante do exposto, é medida urgente que aproveemos meios mais rigorosos para punir esse tipo de crime que assola o país.

A demonstração do Legislador, em não desconhecer a realidade e se preocupar com a necessária atualização legislativa importou em majoração de penas e de implantação da agravante de pena se a vítima for uma pessoa vulnerável ou idosa.

A lei demonstra uma preocupação crescendo do Legislador em ofertar a sociedade fundamentos legais capazes de impedir os reiterados golpes que ocorrem por via virtual.

4 ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Após transitar, *en passant*, pelas normas, cumpre verificar o pilar consolidador da proteção do consumidor, o Poder Judiciário, que, desde a implantação da Lei 8.078/1990, estabelece a força viva da lei consumerista, dentro da obrigação imposta pela Constituição Federal.

O CDC disciplinou, de forma detalhada a defesa do consumidor em juízo, para que o Estado possa dar efetividade ao arcabouço legal. Essa efetividade, ao lado da proteção legal,

¹⁶Senado federal. Justificativa do Projeto de Lei. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8889876&ts=1630441295245&disposition=inline>. Acesso em 02/02/2023

deriva da atuação do Poder Judiciário, estabelecendo um entendimento jurisprudencial afirmativo, ao reconhecer a necessária proteção. Não adianta a previsão legal, sem efetividade plena da norma, obtida na sua consolidação no posicionamento dos Tribunais

Cumpre, nessa ótica, verificar a defesa explicitada nos Tribunais, em relação aos golpes virtuais, especificamente, na área cível da proteção ao consumidor, tendo como exemplo, no presente texto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

4.1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal da Cidadania, apresenta diversos julgados sobre tem manifestado o sobre a defesa do consumidor em golpes virtuais, quer na área criminal, quer na cível.

Para fins, unicamente do trabalho, desataco o recente posicionamento da STJ em que se aborda, de forma patente a corresponsabilidade que as instituições financeiras tem em alguns golpes. Essa visão indica o caminho dado pelo STJ para a melhor análise jurisprudencial da proteção do consumidor em relação aos golpes virtuais.

A Ministra Nancy Andrigli ¹⁷ discorreu a realidade atual de golpes, indicando a conduta concorrente das instituições bancárias para com golpes virtuais, no caso o “golpe do motoboy”, em voto que serve de subsídio para a melhor análise do Poder Judiciário quando analisa a prática de golpes virtuais:

Quando estelionatários estão na posse de dados do cartão de uma vítima, geralmente são efetuadas diversas operações em sequência, num curtíssimo período de tempo e em valores elevados, de forma que, em razão desta combinação de fatores, as transações feitas por criminosos destoam completamente do perfil do consumidor. Neste sentido, para a prestação adequada do serviço, a instituição financeira deve zelar pela segurança. Assim, é seu dever alertar os correntistas de forma eficaz sobre movimentações estranhas em sua conta, podendo até mesmo, por precaução, levar ao bloqueio do cartão até que se confirme a autenticidade das transações. Da mesma forma que, no mundo físico, os correntistas devem informar com antecedência quando irão sacar valores elevados no caixa do banco, também devem ser criadas medidas de segurança para garantir a licitude das transações. O dever de adotar mecanismos que obstem operações totalmente atípicas em relação ao padrão de consumo dos consumidores enseja, portanto, a responsabilidade do prestador de serviços, que responderá pelo risco da atividade, pois a instituição financeira precisa se precaver a fim de evitar golpes desta natureza, cada vez mais frequentes no país.
(...)

¹⁷ STJ, REsp n. 1.995.458/SP, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022

Configura o descumprimento do dever de segurança das instituições financeiras a vulnerabilidade do sistema bancário, frágil o suficiente para viabilizar o êxito deste tipo de golpe, pois falha na adoção de medidas que lhe incumbiam e estavam ao seu alcance.

(...).

Na hipótese dos golpes de engenharia social, resta evidente que a conduta das instituições financeiras de se manter inerte perante a ocorrência de diversas transações de valores altos em poucos minutos concorre para permitir os golpes aplicados em seus correntistas. Assim, o nexu causal é estabelecido ao se concluir que poderia a instituição financeira ter evitado o dano sofrido em decorrência dos golpes, caso adotasse medidas de segurança mais eficazes para identificar as transações atípicas.

Nesta linha, não há como argumentar que a falta de segurança das instituições bancárias para criar mecanismos que obstem movimentações atípicas que aparentem ilegalidade está desassociada da atividade bancária. Em verdade, somente as instituições financeiras detêm os meios adequados para obstar estas transações atípicas, uma vez que estas devem ser comparadas com histórico do consumidor no que tange a valores, frequência e modo.

A vulnerabilidade do sistema bancário, portanto, viola o dever de segurança que cabe às instituições financeiras e, por conseguinte, incorre em falha da prestação de serviço. E é precisamente esta falha que permite o golpe sofrido pela vítima provoque prejuízos financeiros.

O voto ressalta a responsabilidade do fornecedor, pela falha interna, a qual enseja ao consumidor o direito de reparação e demonstra, de forma clara, como essa falha decorre do próprio fornecedor, que deve, diante da realidade dos golpes, agir com maior e melhor cuidado.

Em outra decisão que destaco, dada a atualidade, há que se anotar o posicionamento adotado pelo Min. Francisco Falcão¹⁸, acerca de vazamento de dados pessoais, de natureza comum, de cunho pessoal, mas não considerados de índole íntima, e os efeitos da LGPD:

O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações.

As duas posições, aparentemente antagônicas ao consumidor, demonstram a atuação do Superior Tribunal de Justiça como uniformizador da jurisprudência dos Tribunais Estaduais, tendo importância pelos reflexos da aplicação aos inúmeros casos assemelhados por todo o País.

4.2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Verificada, de forma sucinta, a atuação do Superior Tribunal de Justiça, cumpre

¹⁸ STJ. AREsp n. 2.130.619/SP, Segunda Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 10/3/2023. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201522622&dt_publicacao=10/03/2023. Acesso em: 16/03/2023.

observar como o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, , tem decidido em temas afetos ao presente trabalho. Como dito, a atuação jurisprudencial é ponto importante de consolidação do direito posto.

Não se busca, até pela limitação do presente trabalho, uma análise detalhada de todos os temas afetos aos golpes virtuais sofridos pelos consumidores. O que se extrai são os casos mais corriqueiros que afetam a vida de inúmeros consumidores, buscando, assim, explicitar a amplitude da proteção que a norma consumerista o consolidou e que se encontra referendada na jurisprudência, a qual se cita, exemplificadamente, em casa um dos golpes abordados no texto.

4.2.1 Golpe do WhatsApp

Atualmente o WhatsApp é um aplicativo com ampla utilização, para troca instantânea de mensagens, fotos e vídeos. Essa realidade eletrônica oferece inúmeras facilidades de comunicação, mas tem servido para que criminosos, aproveitando a falta de atenção do usuário, venham a aplicar golpes.

Segundo o IDEC¹⁹, o golpe do WhatsApp funciona basicamente da seguinte forma:

Após conseguir o seu número de telefone em sites de anúncio ou em bancos de dados de vazamento, os golpistas entram em contato com você pedindo a confirmação, por WhatsApps ou por telefonema, de um número de verificação que será enviado via SMS. Contudo, o que muitos não percebem, é que esse é o código de autenticação do próprio aplicativo, e acabam passando para os criminosos.

Com essa chave de acesso, golpistas conectam sua conta a um novo celular e te desconectam do seu WhatsApp. A partir daí, conseguem utilizar o aplicativo como se fosse você - e normalmente fazem isso para pedir dinheiro a sua lista de contatos em seu nome, mas passando as informações bancárias deles.

Um levantamento da empresa de segurança digital PSafe, feito em 2020, estimou que, só em outubro, 453 mil pessoas tiveram o WhatsApp clonado ou tiveram a conta falsificada - uma média de 15 mil vítimas por dia.²⁰,

Dentre os casos, o roubo de conta de WhatsApp e a criação de perfil falso são alguns dos golpes mais aplicados, para a busca de vantagens econômicas. O Judiciário não tem ficado distante dessa realidade, mas entre o golpe e a responsabilização do fornecedor, compete ao

¹⁹ Golpe do WhatsApp: o que fazer? Disponível em: <https://idec.org.br/dicas-e-direitos/golpe-do-whatsapp-o-que-fazer>. Acesso em 01/02/2023

²⁰ Golpes no Whatsapp: como se proteger e o que fazer se for vítima. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-60495309>. Acesso em 10/02/2023.

consumidor a prova satisfatória do seu direito, pois sem essa prova, não se tem obtido a reparação buscada em juízo.

Algumas situações acabam por afastar a responsabilização buscada pelo consumidor, como os casos de fortuito externo ou culpa exclusiva da vítima. Esse posicionamento pode ser confirmado nas decisões do Tribunal Mineiro, como pode ser observado nos seguintes julgamentos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - EMPRÉSTIMO CONSIGNADO - GOLPE POR WHATSAPP - FORNECIMENTO DE DADOS PESSOAIS, BANCÁRIOS E FOTO "SELFIE" - PAGAMENTO DE BOLETO FALSO - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE - FORTUITO EXTERNO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Para a configuração do dever de indenizar, seja em relação aos danos contratuais, seja no tocante aos extracontratuais, devem estar presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade. A instituição financeira comprovou a regular contratação do empréstimo consignado através de plataforma digital, sendo que a autora/apelada confirmou a contratação e também autorizou o desconto em folha. Verifica-se que a própria consumidora celebrou o contrato de empréstimo consignado, atendendo ao que lhe fora orientado por telefonema e mensagens de whatsapp, realizando o pagamento do boleto bancário por meio do qual os valores foram transferidos de sua conta para a conta de estelionatário, sem se atentar a veracidade das informações. A prova dos autos é clara no sentido de que a fraude ocorreu por culpa exclusiva do consumidor, devendo ser afastada a responsabilidade da instituição financeira, nos termos do art. 14, §3º, II, do Código de Defesa do Consumidor. Ausente a prova de falha na prestação dos serviços, bem como o nexo de causalidade entre a conduta da instituição financeira e os prejuízos materiais e morais suportados pela autora, a improcedência do pedido é medida que se impõe. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.317714-4/001, Relator(a): Des.(a) Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/10/2024, publicação da súmula em 02/10/2024).

APELAÇÃO CÍVEL - GOLPE DO WHATSAPP - RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO - AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - RESPONSABILIDADE INTEGRAL - INAPLICABILIDADE EM RELAÇÕES DE CONSUMO - RECURSO DESPROVIDO. - "Se comprovada a hipótese de vazamento de dados da instituição financeira, será dela, em regra, a responsabilidade pela reparação integral de eventuais danos. Do contrário, inexistindo elementos objetivos que comprovem esse nexo causal, não há que se falar em responsabilidade das instituições financeiras pelo vazamento de dados utilizados por estelionatários para a aplicação de golpes de engenharia social" (REsp 2.015.732/SP, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023). - A responsabilidade da instituição financeira pelos golpes de engenharia social demanda a análise do caso concreto. Assim, para que seja possível identificar o nexo causal entre a atuação dos estelionatários e o vazamento de dados pessoais pelo responsável por seu tratamento, é imprescindível perquirir, com exatidão, quais dados estavam em poder dos criminosos, a fim de examinar a origem de eventual divulgação e, consequentemente, a responsabilidade do banco. - O simples fato de a instituição financeira ser a mantenedora da conta corrente para a qual a vítima promoveu as transferências decorrente de golpe não implica, per se, sua responsabilidade solidária. Do contrário, estar-se-ia a adotar a teoria da responsabilidade integral no bojo da responsabilidade civil de consumo, o que não é

aceito pela doutrina e jurisprudência.
 - Recurso desprovido. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.204522-7/001, Relator(a): Des.(a) Lílían Maciel, 20ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/09/2024, publicação da súmula em 19/09/2024).

4.2.2 Golpe com informações dados bancários

Forma recorrente de golpe sofrido pelo consumidor tem sido a utilização de dados bancários para a confecção de boletos ou cobranças falsas que induzem ao pagamento e geram prejuízo frequente.

Segundo a imprensa noticiou em agosto de 2022²¹:

O volume de golpes no sistema financeiro nacional deverá alcançar a expressiva marca de R\$ 2,5 bilhões neste ano. (...) Um levantamento feito pela Serasa Experian mostrou que, em maio de 2021, um total de 331,2 mil brasileiros foram vítimas de algum tipo de fraude, sendo que mais de 176 mil ocorrências (53 3%) foram realizadas a partir de contas bancárias ou cartões de crédito.

Logicamente, parcela grande desses golpes acaba aportando ao Judiciário, onde consumidores buscam reparação pelo uso indevido de suas informações e a recuperação dos inúmeros prejuízos sofridos. Com a implementação diária da via virtual de comunicação e transação, esses golpes se tornaram de maior monta e, além da esfera criminal, devem ser reparados civilmente, para que a correta proteção do consumidor ocorra na forma da lei. A guarda de dados pode importar em responsabilização do fornecedor, competindo ao Poder Judiciário, no melhor estudo de cada caso e dentro da prova dos autos, a decisão mais adequada.

Esses casos chegam ao Judiciário em frequência e tem recebido pronta atuação para reparar o dano sofrido pelo consumidor. Exemplifico os seguintes julgados do TJMG:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - GOLPE DO FALSO FUNCIONÁRIO - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - FORTUITO INTERNO - FALHA DE SEGURANÇA - REPARAÇÃO DOS PREJUÍZOS MATERIAIS - DANOS MORAIS - CONFIGURADOS - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - CITAÇÃO - SENTENÇA REFORMADA.

- Eventual discussão a respeito da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro não tem qualquer relação com o interesse de agir, mas sim com o mérito da demanda.

- O fornecedor de produtos e serviços responde objetivamente pelos danos decorrentes da falha no serviço, uma vez comprovados pelo consumidor, nos termos do artigo 14, do CDC.

- A instituição bancária responde pelos danos causados ao consumidor se decorreram da falha em seu dever de segurança, sobremaneira porque ela se utiliza dos meios telemáticos como forma de desenvolver sua atividade.

- O consumidor privado de valor substancial em decorrência de fraude do sistema

²¹ Golpes bancários disparam e devem gerar prejuízos de R\$ 2,5 bilhões neste ano. Exame invest de 08/08/2022. Disponível em : <https://exame.com/invest/minhas-financas/golpes-bancarios-disparam-e-devem-gerar-prejuizos-de-r-25-bilhoes-neste-ano/>. Acesso em 01/02/2023

bancário experimenta danos morais, os quais devem ser reparados.
 - Os juros de mora, em se tratando de relação contratual, incidem a partir da citação, a teor do artigo 405, do CC.
 - Recurso provido.V.v.: -. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.353979-8/001, Relator(a): Des.(a) Cavalcante Motta, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Mariangela Meyer, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/09/2024, publicação da súmula em 30/09/2024).

APELAÇÃO CÍVEL - FINANCIAMENTO BANCÁRIO - PAGAMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA - FRAUDE - ESTELIONATÁRIO -- RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - COBRANÇA INDEVIDA - DANO MORAL - VERIFICAÇÃO - DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO EM RAZÃO DA FRAUDE - POSSIBILIDADE - REVELIA - DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER - MULTA COMINATÓRIA - APLICABILIDADE.
 - As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito das operações bancárias.
 - Se dados da cliente vazaram e foram utilizados por terceiros para aplicar um golpe, há a instituição financeira de responder pelos danos daí advindos.
 - É cabível a restituição do valor que o consumidor pagou para a quitação de financiamento que acreditava estar negociando com o banco réu, mediante o pagamento de boleto emitido com seus dados pessoais e logomarca daquele, o que faz transparecer legitimidade.
 - Restam evidenciados os danos morais decorrente do desrespeito para com a parte autora, consumidora que é, ao sofrer desgaste psicológico em razão da quebra da tranquilidade ordinária, por ter sido vítima de fraude pela internet, por acreditar que estava negociando com o banco réu, mediante pagamento de boleto emitido por estelionatários, o que poderia ter sido evitado se esta tivesse tomado providências para coibir a utilização de seu nome e logomarca em negociações fraudulentas no mundo virtual. (...) (TJMG - Apelação Cível 1.0000.22.105374-7/001, Relator(a): Des.(a) Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/12/2022, publicação da súmula em 07/12/2022).

4.2.3 Phishing

O *phishing* (pescaria digital) tem sido um dos golpes mais comuns, através do qual os golpistas logram obter as senhas e dados pessoais. Conforme ensina Maria Teresa Resende Neiva Martins da Silva²²:

A prática de phishing caracteriza-se pelo envio de e-mail de um servidor semelhante ao do Banco – por vezes, varia apenas uma letra, o que dificulta a percepção do que se está a passar – para o utilizador do serviço de homebanking; este e-mail procura ser o mais parecido possível com os que são de facto enviados pelo Banco aos seus clientes. No corpo do e-mail, juntamente com um conjunto de informações genéricas e com uma ligação para um site fraudulento, em tudo igual ao site original do Banco. É neste momento que o ataque se materializa sendo que ao colocar as informações pedidas neste site, como coordenadas do cartão matriz, número de identificação ou de telemóvel, os hackers ganham forma de aceder à conta do Cliente do banco e, consequentemente, realizar variados movimentos.

²² A responsabilidade dos bancos em casos de phishing e pharming. Coimbra. p. 45. Out/2021. Disponível em : https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/97548/1/disserta%c3%a7%c3%a3o_maria%20teresa%20resende%20neiva%20martins%20da%20silva.pdf. Acesso em 02/02/2023

Na ação fraudulenta atual, os links falsos podem ser encaminhados via e-mails, SMS ou mesmo WhatsApp, a fim de induzir o consumidor a acessar uma página falsa, na qual a pessoa digita seus dados e senhas que são apropriados pelos golpistas

Como informa a SERASA²³, que “o objetivo é roubar dados confidenciais, como número e senha de cartão de crédito e informações de login, ou instalar malwares (softwares maliciosos) no dispositivo da vítima.”. Como cediço, o golpe leva o consumidor a erro, ao fazer com que este autorize a operação irregular, em benefício do fraudador.

O Judiciário, na análise de cada golpe, diante da prova dos autos, tem reconhecido a não imputação de culpa dos fornecedores. Em outros casos, tem reconhecido a responsabilização. Os casos são diversos, não uniformes, pelo que merece análise específica e individualizada, com verificação da prova em cada processo, para a correta aplicação do direito. No caso do TJMG, destacamos os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - FRAUDE - PHISHING - PAGAMENTO DE BOLETO FALSO - CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR E DE TERCEIROS - RESPONSABILIDADE DO BANCO AFASTADA. A responsabilidade pelo pagamento de boleto falso mediante a prática de phishing não pode ser atribuída à instituição financeira credora, pois tal golpe ocorre sem qualquer interferência do banco e se dá quando o consumidor acessa um site falso e realiza transações sem checar a autenticidade da página e conferir o beneficiário do pagamento realizado. Tendo a fraude perpetrada ocorrido por culpa exclusiva de terceiros e do consumidor, resta afastada a responsabilidade da instituição financeira. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.332652-7/001, Relator(a): Des.(a) Marco Aurelio Ferenzini, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/10/2024, publicação da súmula em 03/10/2024).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - "PHISHING" - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - TUTELA DE URGÊNCIA - ABSTENÇÃO DE COBRANÇA DE VALORES E DE INSCRIÇÃO DO AGRAVANTE NO ROL DE DEVEDORES - GOLPE "PHISHING" - FRAUDE BANCÁRIA - REQUISITOS PREENCHIDOS -- RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

- Como é cediço, a concessão da tutela de urgência depende do preenchimento dos requisitos previstos no art. 300 do CPC, especificamente a probabilidade do direito alegado e o perigo da demora.

- Como fornecedor na relação de consumo, a instituição financeira responde objetivamente pelos danos ocasionados aos consumidores pela ocorrência de falha na prestação dos serviços.

- Configura falha na prestação dos serviços por parte da instituição financeira a ocorrência de fraude bancária pela aplicação do golpe denominado "phishing", sobretudo quando há comprovação de que o agente financeiro, ciente da existência do golpe, não adotou todas as medidas que estava ao seu alcance para cientificar os consumidores e, principalmente, minimizar a incidência da fraude por meio de eficiente sistema de segurança que detecta operações financeiras estranhas ao perfil do cliente.

²³ SERASA. O que é phishing e como se proteger de golpes virtuais. Disponível em : <https://www.serasa.com.br/premium/blog/o-que-e-phishing/>. Acesso em 03/02/2023.

- Considerando que no presente caso a parte recorrente demonstrou nessa fase sumária, a ocorrência de falha na prestação de serviço, impõe-se o provimento do recurso. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.030411-9/001, Relator(a): Des.(a) Lílían Maciel, 20ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/09/2021, publicação da súmula em 23/09/2021).

4.2.4 Golpe do Motoboy

Outro caso de ocorrência frequente, principalmente com consumidores idosos e, pelo que, hipervulneráveis, é o golpe do motoboy. Golpe que gera prejuízo expressivo e de reiterada ação. De acordo com a Federação Brasileira de Bancos (Febraban)²⁴, houve um aumento de até 340% desse tipo de situação nos últimos anos.

No ensinamento da Ministra Nancy Andrighi²⁵:

Embora os casos noticiados não sejam necessariamente idênticos, a vítima, geralmente pessoa idosa, recebe uma ligação de quem alega ser preposto de instituição bancária. O estelionatário informa que o cartão da vítima foi clonado e solicita que ela digite sua senha pessoal no teclado do telefone, a fim de realizar um suposto cancelamento do cartão.

Em seguida, o estelionatário informa que um motoboy irá buscar o cartão da vítima e que ela deve quebrá-lo antes de fazer a entrega, devendo manter o chip incólume. Após a cessão, são efetuadas diversas compras com o cartão da vítima em pouco tempo. Somente então, ela percebe que foi alvo de um golpe e busca a instituição financeira para efetivamente cancelar o cartão.

Em decisão de 2023, o STJ balizou o entendimento da Corte, no seguinte arresto:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONSUMIDOR. GOLPE DO MOTOBOY. RESPONSABILIDADE CIVIL. USO DE CARTÃO E SENHA. DEVER DE SEGURANÇA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANOS MORAIS. CONFIGURADOS”. (REsp n. 2.015.732/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023.)

A jurisprudência mineira tem caminhado para reconhecer a falha na prestação de serviço de segurança do agente financeiro, tanto no vazamento de informações pessoais, quanto ao permitir compras que de fato destoam do consumo comum do consumidor.

Como decorreu o Des. João Câncio²⁶, a instituição financeira:

Além dos serviços bancários propriamente ditos, deve oferecer condições mínimas de segurança a seus clientes na realização de transações bancárias e utilização de cartão de crédito, inerentes ao próprio serviço contratado pelo cliente.

²⁴ Disponível em <https://portal.febraban.org.br>. Acesso em 01/03/2023.

²⁵ STJ, REsp n. 1.995.458/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022

²⁶ TJMG. Apelação Cível 1.0000.20.000351-5/001. 18ª CÂMARA CÍVEL. Data de Julgamento 26/05/0020. Data da publicação 27/05/2020

Nesse tema, o TJMG apresenta as destacadas decisões:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - GOLPE DO MOTOBOY E DA FALSA CENTRAL DE ATENDIMENTO - OPERAÇÕES BANCÁRIAS NÃO RECONHECIDAS - TRANSAÇÕES ATÍPICAS CONTESTADAS PELA CORRENTISTA - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DANO MORAL CONFIGURADO - CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - CULPA CONCORRENTE. - A despeito dos mecanismos disponíveis de bloqueio e de averiguação da regularidade das transferências questionadas, não tendo a instituição financeira adotado nenhuma medida inconteste e capaz de evidenciar que aquelas se realizaram pela autora ou por outrem por ele autorizado, se mostra necessária à devolução do montante transferido. Por isso, em se tratando de operações anômalas, que foram negligenciadas pela instituição financeira em detrimento do consumidor, não há dúvida quanto à configuração de falha na prestação dos serviços a cargo da Instituição Financeira. O golpe da falsa central de atendimento guarda estrita relação com a própria atividade da instituição bancária, não podendo ser considerada ato equiparado a fortuito externo. "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias" (Súmula nº 479 do Superior Tribunal de Justiça). Evidenciada a ocorrência do ato ilícito (operações bancárias indevidas) restou configurado o dano moral pela perturbação nas relações psíquicas e na tranquilidade do consumidor. Sabido que quando do arbitramento deverá o Julgador se ater aos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, para que a medida seja capaz de atenuar o sofrimento da vítima do ato ilícito sem que represente enriquecimento ilícito, bem como para que ela também seja capaz de coibir a prática reiterada da conduta lesiva pelo seu causador. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.364608-0/001, Relator(a): Des.(a) Baeta Neves, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/10/2024, publicação da súmula em 02/10/2024).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - CONDIÇÃO DA AÇÃO - AFERIÇÃO IN STATUS ASSERTIONIS - "GOLPE DO MOTOBOY" - RESPONSABILIDADE CIVIL - NATUREZA OBJETIVA- INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - UTILIZAÇÃO DOS DADOS ARMAZENADOS NOS SEUS SISTEMAS - FRAUDE PRATICADA POR TERCEIRO - FALHA CONFIGURADA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

- A análise das condições da Ação deve ser realizada com base na narrativa da parte Autora na Petição Inicial. Em se concluindo que ela é a possível titular do direito sustentado na peça de ingresso, bem como que, potencialmente, o Réu deve responder à postulação e à integralidade ou parte dos efeitos de sua eventual procedência, estará consubstanciada a condição da Ação relativa à legitimidade das partes.

- Demonstrada a ocorrência de fraude em compras com cartão, que foi possível mediante a utilização dos dados armazenados nos sistemas do Banco/Credor, a esse incumbe a reparação dos prejuízos patrimoniais gerados pelo fortuito relativo ao delito praticado por terceiro (STJ - Súmula nº 479).

- O valor da reparação por danos extrapatrimoniais deve ser fixado de forma proporcional às circunstâncias do caso, com razoabilidade e moderação. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.267405-9/001, Relator(a): Des.(a) Roberto Vasconcellos, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/08/2024, publicação da súmula em 19/08/2024).

4.2.5 Golpe do Pix

O Pix é o pagamento instantâneo brasileiro. O meio de pagamento criado pelo Banco Central (BC) em que os recursos são transferidos entre contas em poucos segundos, a qualquer hora ou dia. É prático, rápido e seguro. O Pix pode ser realizado a partir de uma conta corrente, conta poupança ou conta de pagamento pré-paga²⁷. Foi estabelecido na Resolução BCB n. 1 de 12/08/2020. Quando trata dos deveres dos participantes, a Resolução fixa:

Art. 32. Os participantes do Pix devem:
 I - cumprir o disposto neste Regulamento;
 II - zelar pela imagem, a integridade e a segurança do Pix;
 III - reportar ao Banco Central do Brasil, caso tome conhecimento da existência de fatos que possam comprometer a imagem, a integridade e a segurança do Pix;
 IV - ofertar a iniciação e o recebimento de Pix para todos os usuários finais, caso enquadrados na modalidade provedor de conta transacional;
 V - responsabilizar-se por fraudes no âmbito do Pix decorrentes de falhas nos seus mecanismos de gerenciamento de riscos, compreendendo a inobservância de medidas de gestão de risco definidas neste Regulamento e em dispositivos normativos complementares; (Redação dada, a partir de 28/9/2021, pela Resolução BCB nº 147, de 28/9/2021, produzindo efeitos a partir de 16/11/2021.)

Assim, é claro que o art. 32, V da Resolução indica caso de fortuito interno nas falhas no gerenciamento de riscos, o que, na ótica consumerista, importaria na ação de golpistas sobre o consumidor, induzindo-o a ações fora do padrão usual de movimentação financeira.

Não se olvida que a instituição bancária, pelo acompanhamento da movimentação e histórico de transação é capaz de detectar ação irregular ou não usual e dispõe dos mecanismos próprios e capazes de evitar prejuízo ou minorar dano.

Há que se recordar da Súmula 479, do Superior Tribunal de Justiça²⁸: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

Tem-se, ainda que observar a lição de Sérgio Cavalieri Filho²⁹, quando diferencia o fortuito interno do externo, no acidente de consumo:

Cremos que a distinção entre fortuito interno e externo é totalmente pertinente no que respeita aos acidentes de consumo. O fortuito interno, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o

²⁷ Banco Central do Brasil. Disponível em : <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pix>). Acesso em 01/10/2024.

²⁸ STJ. Súmula 479, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012.

²⁹ CAVALIERI FILHO . Sergio Programa de direito do consumidor [livro eletrônico]. - 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2019.

fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável. O mesmo já não ocorre com o fortuito externo, assim entendido aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação. Em caso tal, nem se pode falar em defeito do produto ou do serviço, o que, a rigor, já estaria abrangido pela primeira excludente examinada - inexistência de defeito (art. 14, § 3º, I).

A jurisprudência da Corte do Estado de MG acompanha esse posicionamento em alguns julgados, como os seguintes:

APELAÇÃO CÍVEL - REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - TRANSFERÊNCIA DE VALOR VIA SISTEMA PIX NÃO RECONHECIDA PELA VÍTIMA - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - QUANTUM ARBITRADO - REDUÇÃO - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. Quanto a parte autora nega a realização de transferência de valores, via PIX, compete à instituição financeira fazer prova que esta acessou sua conta digital e, após a sua senha para realizar a transação. As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias e deve ser responsabilizada pela falha na prestação de serviços decorrente não apenas da fragilização dos dados do consumidor, mas também por não ter adotado qualquer prática capaz de mitigar ou dificultar a atuação dos terceiros estelionatários na prática do golpe, sobretudo em contexto em que há inequívoco desvio do padrão de consumo da titular da conta bancária. Movimentações realizadas em valores excessivos não compatíveis com a rotina do cliente, demonstra que a casa bancária deu causa à ocorrência do evento danoso, em razão do descumprimento do dever de segurança que cabe às instituições financeiras, notadamente quanto à verificação da regularidade e idoneidade das transações realizadas, de modo a dificultar as fraudes, independentemente de qualquer ato do consumidor. O quantum indenizatório em sede de danos morais deve ser arbitrado a partir dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, mantendo o seu objetivo compensatório e punitivo, sem, contudo, incorrer em enriquecimento sem causa. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.268992-5/001, Relator(a): Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/09/2024, publicação da súmula em 26/09/2024)

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA VIA PIX - AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO OU AUTORIZAÇÃO PELO CORRENTISTA - FRAUDE BANCÁRIA - LINK FALSO CRIADO POR ESTELIONATÁRIO - FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - DANO MATERIAL - ESTORNO DOS VALORES COBRADOS - AUSÊNCIA PAGAMENTO DA FATURA - DANO MORAL CONFIGURADO. O Código de Defesa do consumidor estabelece que o fornecedor responderá, objetivamente, pelos prejuízos causados ao consumidor em razão de serviços mal prestados. É dever da instituição financeira verificar a regularidade e a idoneidade das transações realizadas, desenvolvendo meios a dificultar as fraudes, independentemente de qualquer ato dos consumidores. Constatando-se que a instituição financeira não logrou comprovar que tenha adotado medidas de segurança efetivas, para evitar que os fraudadores concluíssem o golpe, ainda que comunicado instantaneamente, responde por negligência, sendo de rigor a caracterização de falha na prestação do serviço. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.351188-8/001, Relator(a): Des.(a) Amauri Pinto Ferreira, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/08/2024, publicação da súmula em 29/08/2024)

Entretanto, na maioria dos casos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais trata o tema como culpa exclusiva da vítima, estabelecendo como excludente da responsabilidade civil a

hipótese de fato exclusivo do consumidor ou de terceiros e assim anotando que não há conduta omissiva ou ativa dos bancos. Nessa linha os citados julgados:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL - GOLPE DA CENTRAL DE ATENDIMENTO - RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO - AUSÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE - GOLPE DE ENGENHARIA SOCIAL - AUSÊNCIA DE VAZAMENTO DE DADOS DO CLIENTE - INVASÃO DO CELULAR DO CONSUMIDOR - SENHA DIGITADA ESPONTANEAMENTE - EXCLUDENTE DE ILICITUDE - MECANISMO ESPECIAL DE DEVOLUÇÃO DO PIX - PROCEDIMENTO OBSERVADO - RECURSO NÃO PROVIDO.

- "Se comprovada a hipótese de vazamento de dados da instituição financeira, será dela, em regra, a responsabilidade pela reparação integral de eventuais danos. Do contrário, inexistindo elementos objetivos que comprovem esse nexo causal, não há que se falar em responsabilidade das instituições financeiras pelo vazamento de dados utilizados por estelionatários para a aplicação de golpes de engenharia social" (REsp 2.015.732/SP, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023).

- A responsabilidade da instituição financeira pelos golpes de engenharia social demanda a análise do caso concreto. Assim, para que seja possível identificar o nexo causal entre a atuação dos estelionatários e o vazamento de dados pessoais pelo responsável por seu tratamento, é imprescindível perquirir, com exatidão, quais dados estavam em poder dos criminosos, a fim de examinar a origem de eventual divulgação e, consequentemente, a responsabilidade do banco.

- Ante a expressa confissão da parte autora, no sentido de que digitou livremente sua senha eletrônica, seguindo a orientação do suposto atendente da instituição financeira, em golpe consumado mediante a invasão remota do aparelho celular do consumidor, incide a excludente de ilicitude do art. 14, §3º, II, do CDC.

- O Mecanismo Especial de Devolução, muito embora criado para facilitar a atuação das instituições financeiras em caso de fraude, não é garantia de ressarcimento dos valores transferidos das contas de seus clientes.

- Recurso ao qual se nega provimento. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.275116-2/001, Relator(a): Des.(a) Lílían Maciel, 20ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/10/2024, publicação da súmula em 03/10/2024);

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO - GOLPE DE INVESTIMENTO POR PIX - TRANSAÇÕES BANCÁRIAS - REGULARIDADE - VALIDAÇÃO POR BIOMETRIA FACIAL - AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO. Para a caracterização do dano e do dever de indenizar, é imperativa a confluência dos requisitos exigidos à responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito, a existência do dano e o nexo de causalidade entre a conduta antijurídica e o resultado lesivo. Afasta-se o dever de indenizar quando as transações impugnadas foram realizadas a partir do aparelho celular previamente cadastrado e validadas pela titular da conta corrente através de biometria facial, por não haver falha de segurança ou na prestação do serviço pela instituição financeira, reconhecendo-se a culpa exclusiva do consumidor que pretendia realizar investimento com terceiro. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.315844-1/001, Relator(a): Des.(a) Marcelo Pereira da Silva, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/09/2024, publicação da súmula em 11/09/2024).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida digital já deixou de ser mero espaço de entretenimento para se transformar em realidade imprescindível no dia a dia do ser humano. Com a pandemia da COVID-19, a utilização do meio digital sofreu um incremento rápido e que não indica retrocesso na utilização da via virtual. Acompanhando esse incremento de utilização veio o aumento de golpes contra o consumidor, gerando uma necessidade de aprimoramento legislativo constante e uma elevação de questionamento de golpes perante o Judiciário.

Não se desconhece que o legislador não consegue acompanhar de tão próximo toda inovação social. Na lição de Eduardo Reina³⁰:

A legislação brasileira, assim como as dos demais países, estará sempre a reboque dos avanços cibernéticos pela dinâmica da tecnologia e porque a fonte do Direito vem sempre das mudanças de cultura e hábitos da sociedade.

Por isso, a aplicação do CDC, norma principiológica, tem ofertado aos Magistrados um instrumento capaz de reequilibrar contratos e situações de consumo rompidos e/ou violados por golpes virtuais. A jurisprudência tem se confrontado com uma busca diária de proteção, no caso concreto, buscando a aplicação da legislação e dos princípios da Carta Maior e na Lei 8.078/90.

O presente trabalho buscou lançar uma visão dessa atuação do Judiciário, diante das inovações tecnológicas que a internet oferta e da busca do legislador por normas atuais. A visão da atuação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na análise de golpes virtuais contra o consumidor, deixa a base para uma discussão frequente sobre a necessidade de aprimoramento legislativo e de segurança cibernética, além do constante estudo dos princípios da legislação consumerista, na busca de promover a defesa do consumidor, como impõe a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda et alii, Código do Consumidor Comentado, 2. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8889876&ts=1630441295245&disposition=inline>. Acesso em 02/02/2023.

³⁰ Lei Carolina Dieckmann completa 10 anos com necessidade de complementações. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-dez-27/lei-carolina-dieckmann-completa-10-anos-elogio-cautela#:~:text=A%20Lei%20de%20Combate%20a,meio%20jur%C3%ADdico%20como%20bem%20sucessida>. Acesso em 01/02/2023)

BRASIL. Senado Federal. Disponível em :
<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/10/01/golpes-digitais-atingem-24-da-populacao-brasileira-revela-datasenado>. Acesso em 04/10/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio Programa de direito do consumidor [livro eletrônico]. - 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2019.

CORREA, Gustavo Ferrari. Golpes contra o consumidor: como se prevenir e pedir seus direitos. Principais causas de golpes contra o consumidor: da prevenção à proteção de direitos. Disponível em <https://jus.com.br/imprimir/88493/golpes-contra-o-consumidor-como-se-prevenir-e-pedir-seus-direitos>. Publicado em 02/2021. Acesso em 01/02/2023.

FEBRABAN. Crescem golpes envolvendo manipulação de vítimas para roubo de informações pessoais.

Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3704/pt-br/>. Acesso em 20/02/2023.

GAMA, Helio Zaghetto. Curso de direito do consumidor, 3ª. Ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo.2008.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. Lei Carolina Dieckmann completa 10 anos com baixa efetividade, avalia especialista. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/lei-carolina-dieckmann-completa-10-anos-com-baixa-efetividade-avalia-especialista-02122022>. Acesso em 15/01/2023.

IDEC. Golpe do WhatsApp: o que fazer? Disponível em: <https://idec.org.br/dicas-e-direitos/golpe-do-whatsapp-o-que-fazer>. Acesso em 01/02/2023.

MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 347.

MARTINS, Guilherme Magalhaes. Responsabilidade objetiva do provedor de aplicações de internet. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/responsabilidade-objetiva-do-provedor-de-aplicacoes-de-internet/>. Acesso em 01/02/2023.

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de direito do consumidor, São Paulo. ERT, vol. 106 • jul.-ago. / 2016.

MENDES, Laura Schertel. Habeas Data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. Internet & Regulação. coords.: Laura Schertel Mendes, Sérgio Garcia Alves, Danilo Doneda. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>. Acesso em fev/mar 2023.

MONTEIRO, Aldemar. Lei Carolina Dieckmann: 10 anos da lei que protege a privacidade dos brasileiros no ambiente virtual. Disponível em <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/lei-carolina-dieckmann-10-anos-da-lei-que-protege-a-privacidade-dos-brasileiros-no-ambiente-virtual/>. Acesso em 20/01/2023.

PSAFE. Golpes no Whatsapp: como se proteger e o que fazer se for vítima. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-60495309>. Acesso em 10/02/2023.

EVISTA EXAME. Golpes bancários disparam e devem gerar prejuízos de R\$ 2,5 bilhões neste ano. Exame invest de 08/08/2022. Disponível em : <https://exame.com/invest/minhas-financas/golpes-bancarios-disparam-e-devem-gerar-prejuizos-de-r-25-bilhoes-neste-ano/>. Acesso em 01/02/2023.

SERASA. O que é phishing e como se proteger de golpes virtuais. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/premium/blog/o-que-e-phishing/>. Acesso em 03/02/2023.

SILVA, Maria Teresa Resende Neiva Martins da. A responsabilidade dos bancos em casos de phishing e pharming. Coimbra. p. 45. Out/2021. Disponível em : https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/97548/1/disserta%c3%a7%c3%a3o_maria%20teresa%20resende%20neiva%20martins%20da%20silva.pdf. Acesso em 02/02/2023.

SCOTON, Luis Eduardo Brito Analise econômica do direito do consumidor: o Código de defesa do consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em; <http://www.revista.amde.org.br/index.php/C2012/article/view/177> Acesso em 27/09/13.

OS JOGOS DE AZAR E APOSTAS ELETRÔNICAS E OS DESAFIOS PARA DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Ricardo Morishita Wada¹

RESUMO

O presente artigo examina o crescimento acelerado dos jogos de azar e das apostas eletrônicas no Brasil, destacando os desafios emergentes para a proteção do consumidor. Com a recente regulamentação do setor, observa-se um aumento expressivo na movimentação financeira e na presença de empresas atuantes, o que suscita preocupações sobre a proteção dos consumidores, particularmente os mais vulneráveis. A atuação dos órgãos de defesa do consumidor, como os Procons, e do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), é abordada como essencial para conter práticas publicitárias enganosas e abusivas. O artigo também discute os riscos financeiros associados a esses jogos, especialmente para consumidores que dependem de programas sociais, enfatizando a importância de políticas de conscientização e avisos de desestímulo ao jogo. A experiência europeia é citada como uma referência relevante para a formulação de um marco regulatório robusto, que inclua o uso de tecnologias avançadas para fiscalizar e regulamentar o setor, assegurando a proteção dos consumidores. Em conclusão, o artigo defende a necessidade de uma ação coordenada entre diversos setores da sociedade para enfrentar os desafios decorrentes da legalização dos jogos de azar e apostas online, com vistas à preservação dos direitos dos consumidores.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; jogos de azar e apostas; bets.

ABSTRACT

This article examines the rapid growth of gambling and electronic betting in Brazil, highlighting the emerging challenges for consumer protection. With the recent regulation of the sector, there has been a significant increase in financial activity and the presence of operating companies, raising concerns about consumer protection, particularly for the most vulnerable groups. The role of consumer protection agencies, such as the Procons, and the National Council for Advertising Self-Regulation (CONAR), is addressed as essential to curbing misleading and abusive advertising practices. The article also discusses the financial risks associated with these activities, especially for consumers who rely on social welfare programs, emphasizing the importance of awareness policies and warnings to discourage gambling. European experience is cited as a relevant reference for the formulation of a robust regulatory framework that incorporates advanced technologies to oversee and regulate the sector, ensuring consumer safety. In conclusion, the article advocates for the need for coordinated action among various sectors of society to address the challenges posed by the legalization of gambling and online betting, with a focus on preserving consumer rights.

¹ Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Mestre em Direito Civil pelo Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Professor de Direito Privado na graduação e pós-graduação no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Foi diretor nacional de proteção e defesa do consumidor – DPDC.

Keywords: Consumer Law; gambling and betting, bets.

1 INTRODUÇÃO: O IMPACTO DOS JOGOS DE AZAR E APOSTAS ELETRÔNICAS

Em um mês, cerca de 24 milhões de brasileiros realizaram ao menos uma transferência via PIX² para as empresas de jogos de azar e apostas eletrônicas no Brasil. Esse dado foi revelado pelo Estudo Especial nº 119/2024, que reproduz a Nota Técnica 513/2024 – BCB/SECRE do Banco Central do Brasil (BRASIL, 2024). O estudo foi realizado a pedido do Senador Omar José Abdel Aziz (PSD-AM). O período analisado foi agosto de 2024.

O estudo indicou que 520 empresas estavam registradas com o código de atividades econômicas da Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE) correspondente aos jogos de azar e apostas (BRASIL, 2024). A movimentação dessas empresas foi de R\$ 576.923,00. Entretanto, com a aplicação de uma metodologia diversa que, considerou outros fatores indicativos da atividade de jogos e apostas, o Banco Central identificou outras 56 empresas. Nesse caso, a movimentação atingiu R\$ 20,8 bilhões no mês.

A maioria dos apostadores, segundo o estudo, estava na faixa etária de 20 a 30 anos, com um valor médio mensal gasto em torno de R\$ 100. À medida que a idade dos apostadores aumenta, os valores também crescem, podendo ultrapassar os R\$ 3.000,00 mensais.

Por fim, o estudo identificou que, dos 24 milhões de apostadores, 5 milhões são beneficiários do Bolsa Família, os quais transferiram aproximadamente R\$ 3 bilhões para empresas de jogos e apostas utilizando o PIX. A análise detalhada dos dados revelou que, dentre esses 5 milhões de beneficiários, 4 milhões eram chefes de família, os quais transferiram cerca de R\$ 2 bilhões para as referidas empresas.

A magnitude dos valores movimentados mensalmente pelos operadores de jogos de azar e apostas, que chega a R\$ 20,8 bilhões, apenas a título de ilustração, equivale quase ao déficit do setor público consolidado (União, Estados, Municípios e Empresas Estatais) no mês de julho, divulgado em agosto, que foi de R\$ 21,4 bilhões (BRASIL, 2024).

Trata-se de um impacto relevante para a sociedade. Em relação ao consumidor-apostador há uma natural preocupação com o efeitos na sua vida financeira, especialmente nos

² De acordo com o Banco Central do Brasil: “Pix é o pagamento instantâneo brasileiro. O meio de pagamento criado pelo Banco Central (BC) em que os recursos são transferidos entre contas em poucos segundos, a qualquer hora ou dia.”. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pix>. Acesso em: 13 out. 2024.

casos dos mais vulneráveis, como os beneficiários de programas sociais, a exemplo do Bolsa Família.

Fernando Martins, Guilherme Magalhães Martins e Claudia Lima Marques em artigo recente advertem que:

O desafio nas cercanias nacionais é que muitos consumidores dessas plataformas não se contentam em gastar apenas os recursos familiares mensalmente auferidos e vão bem adiante disso: realizam créditos consignados e se valem dos programas de transferência de renda (dentre eles o bolsa-família) para satisfação de ‘desejo’ criado e inculcido por tais fornecedores. (2024)

Como demonstrado no estudo elaborado pelo Banco Central, a utilização dos programas de transferência de renda para o jogo é uma realidade e afeta, como observado, os chefes de família, renunciando grandes impactos no núcleo familiar, especialmente entre aqueles que hipossuficientes ou até hipervulneráveis. A hipossuficiência, derivada da condição social, pode ser agravada por outros fatores, como falta de conhecimento, condição de saúde sensível ou idade. Além da preocupação com os menores de 18 anos, deve-se considerar também os idosos, que, na condição de aposentados, podem comprometer seus proventos com jogos de azar e apostas.

Prestar serviços de loteria de quota fixa sem autorização e antes da devida regulamentação expõe a sociedade a grandes riscos, com potenciais e significativos impactos econômicos e sociais. Deve-se considerar que o processo de implementação dos jogos de azar e apostas eletrônicas teve início em 2018, prosseguiu sem autorização ou regulamentação, sendo ofertados de forma ampla e intensiva. A edição do marco legal de 2023 não alterou o funcionamento dos agentes operadores de jogos de azar e apostas.

O marco legal dos jogos de azar e apostas estabeleceu, no art. 9º, parágrafo único, que: “O Ministério da Fazenda estabelecerá condições e prazos, não inferiores a 6 (seis) meses, para a adequação das pessoas jurídicas que estiverem em atividade às disposições desta Lei e às normas por ele estabelecidas em regulamentação específica.”

Argumenta-se que essa disposição legislativa reconheceu e legitimou as operações realizadas desde 2018, mesmo sem regulamentação ou qualquer autorização do Poder Público, ainda que tal prática configure violação expressa às proibições impostas pela nova lei.

Contudo, a norma parece indicar um outro propósito. O art. 9º, *caput*, atribuiu ao Poder Executivo, especificamente ao Ministério da Fazenda, o poder de regulamentar o processo de autorização. Por esta razão, o parágrafo único estabeleceu um prazo mínimo de seis meses para que os agentes operadores se adequem às novas exigências regulamentares.

As proibições estabelecidas na lei não poderiam ser alteradas, nem seu alcance mitigado, especialmente quando se trata da dos consumidores que realizam suas apostas. Essas proibições incluem o acesso dos menores de 18 anos, as afirmações infundadas sobre as probabilidades de ganho, a apresentação da aposta como socialmente atraente e o uso de pessoas conhecidas ou celebridades para sugerir que o jogo contribuiu para o êxito pessoal ou social. Ainda, outra importante vedação é afirmar que a aposta constitui alternativa ao emprego, ou, que seja uma solução para os problemas financeiros, sendo uma fonte de renda adicional ou investimento financeiro, entre outras.

Nos termos do art. 2º da Portaria da Secretaria de Prêmios e Apostas n. 1.475, de 16 de setembro de 2024, as pessoas jurídicas que exploram a modalidade lotérica e que apresentaram o requerimento de autorização foram consideradas em período de adequação. A partir de 1º de outubro de 2024 a exploração das loterias de quota fixa que não possuem a autorização ou requerimento de autorização foi proibida de operar no país, nos termos do §1º, da referida portaria.

Além disso, o art. 4º da portaria indicou que, durante o período de adequação, devem ser observadas as normas em vigor, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro. Embora o marco legal de jogos de azar e apostas não tenha explicitamente mencionado, parece adequado considerar sua aplicação, especialmente nos casos de proibição de condutas voltadas à proteção dos consumidores.

Os riscos para o consumidor e para toda sociedade são significativos. Trata-se da proteção da poupança popular, tanto no âmbito individual de cada consumidor quanto no coletivo, que afeta toda sociedade, inclusive aqueles que sequer apostaram. Outra tutela importante está diretamente relacionada à proteção da saúde e segurança dos consumidores. Neste caso há uma preocupação evidente com as pessoas diagnosticadas com ludopatia, bem como com o impacto nos menores de 18 anos. Por fim, há que se considerar o efeito potencializador da tecnologia, que facilita o acesso pelos aplicativos (24 horas, 7 dias por semana), assim como toda arquitetura da economia da atenção, que estimula e gera hábitos que podem comprometer o exercício da liberdade dos consumidores (2017, p. 369)³.

Em estudo publicado em 2018, Heather Wardle, Gerda Reith, David Best, David McDaid e Stephen Platt, da London School of Economics and Political Science, examinaram,

³ No original: The most urgent question raised by this book does not, however, relate to the eternal debate over whether advertising is good, bad, or a necessary evil. The most pressing question in our times is not how the attention merchant should conduct business, but where and when.

em diferentes jurisdições, como seria possível definir um conceito para os danos relacionados aos jogos e apostas. Para os autores (2018), em uma tradução livre:

Os danos relacionados ao jogo são os impactos adversos do jogo na saúde e bem-estar de indivíduos, famílias, comunidades e da sociedade. Esses danos são diversos, afetando recursos, relacionamentos e saúde, e podem refletir uma interação entre processos individuais, familiares e comunitários. Os efeitos prejudiciais do jogo podem ser de curta duração, mas podem persistir, tendo consequências de longo prazo e duradouras que podem agravar as desigualdades existentes.

A preocupação com os impactos do jogo na saúde dos consumidores-apostadores, no bem-estar individual, familiar, comunitário e de toda sociedade, como visto, motivou o exame dessa nova modalidade de serviço público de loteria, que, de forma alarmante, tem impactado a sociedade brasileira.

Assim, neste artigo propomos examinar alguns aspectos do marco legal que regulamenta os jogos de azar e apostas, com especial atenção para: (i) breve exame cronológico do marco legal de jogos de azar e apostas; (ii) os casos que envolvem a proibição de acesso para menores de 18 anos e as formas e modalidades de atração dos consumidores por meio dos sistema de bonificação ou gratuidade em jogos e apostas e o diálogo com o Código de Defesa do Consumidor; e, por fim, (iii) os desafios para a implementação eficaz desses mecanismos para a proteção dos consumidores.

2 O MARCO LEGAL DOS JOGOS DE AZAR E APOSTAS ELETRÔNICAS

Um breve exame cronológico das normas que dispuseram sobre jogos de azar e apostas nos mostra como a norma de 2018 alterou a proibição existente desde 1946 e deu nova disciplina ao regime dos serviços de loterias.

O Decreto-lei n. 9.215, de 30 de abril de 1946 proibiu a prática ou exploração de jogos de azar em todo território nacional. Restaurava, na época, a vigência do art. 50 e seus parágrafos da Lei das Contravenções Penais.

A Lei n. 5.768, de 20 de dezembro de 1971 que regulou a distribuição gratuita de prêmios mediante sorteios, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda e as normas de proteção à poupança popular, não alterou o sentido da proibição de 1946, mantendo a vedação da prática dos jogos de azar e apostas. Nota-se que a regulamentação dos prêmios teve o cuidado de proibir de forma expressa a distribuição ou conversão dos prêmios em dinheiro (art. 3º, §3º).

A queda da proibição dos jogos de azar e apostas teve seu início com a edição da

Lei n. 13.756, de 12 de dezembro de 2018. A lei tratou da destinação de recursos de loterias para o Fundo Nacional de Segurança Pública (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2018). Neste contexto, diante da preocupação com a destinação de recursos para a segurança pública⁴, inaugurou-se a modalidade lotérica das apostas de quota fixa.

O artigo 29, agora revogado, na época de sua edição criou uma nova modalidade lotérica, como serviço público, a denominada aposta de quota fixa. A Medida Provisória n. 1.182, de 2023, com vigência encerrada, definia o sistema de quota fixa como aquele relativo a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento da efetivação da aposta, o valor que o apostador poderia ganhar em caso de acerto do prognóstico.

A Lei n. 14.790, de 29 de dezembro de 2023, estabeleceu o marco legal das apostas de quota fixa, regulamentando os jogos de azar e apostas eletrônicas. Ela também definiu as regras dessa modalidade lotérica de quota fixa e alterou leis anteriores relacionadas ao tema.

Os jogos de quota fixa poderão ser de eventos reais de temática esportiva ou eventos virtuais de jogos *on-line*. Na definição da própria lei, jogos *on-line* são jogos cujo resultado é determinado a partir de um gerador randômico de número, símbolos, figuras ou de objetivos definidos no sistema de regras dos jogos e apostas (Art. 2º, VIII).

Houve uma ampliação do objeto dos jogos de azar e apostas, que antes estava limitado aos eventos “reais de temática esportiva” e agora passa a incluir os “eventos virtuais de jogos *on-line*”, sem qualquer conexão com a temática esportiva.

Importante esclarecer que os jogos de azar e apostas são uma modalidade lotérica, denominada de quota fixa e constituem um serviço público que pode ser explorado pelo particular em todo território nacional (art. 29, da Lei n. 13.756/18), em ambiente concorrencial, mediante autorização do Poder Público (Lei n. 14.790/23), no caso, do Ministério da Fazenda.

A nova modalidade lotérica requer autorização e está condicionada ao atendimento do interesse nacional e ao benefício da coletividade. Não se trata de uma atividade de exploração livre, mas de uma prática regulada, que leva em consideração as suas consequências para a sociedade e a proteção dos consumidores. Isso está claramente expresso na Lei de Jogos de Azar e Apostas, que dispõe:

⁴ Em 2 de janeiro de 2017 houve uma rebelião que resultou na morte de 60 detentos em duas penitenciárias de Manaus (AM). Em 6 de janeiro de 2017, quatro dias após os eventos em Manaus, 33 presos foram assassinados na penitenciária agrícola Monte Cristo, em Roraima. Ainda em 2017, ocorreu um motim com 26 mortos na penitenciária de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte. Em 2018, no Centro Penitenciário de Recuperação do Pará, 22 pessoas morreram em um outro motim. Fonte: Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/veja-algumas-das-maiores-rebelioes-ocorridas-em-presidios-do-brasil.shtml>. Acesso em: 13 out. 2024.

Art. 5º A autorização para exploração das apostas de quota fixa terá natureza de ato administrativo discricionário, praticado segundo a conveniência e oportunidade do Ministério da Fazenda, à vista do interesse nacional e da proteção dos interesses da coletividade, observada as seguintes regras:

A revisão da autorização concedida poderá ocorrer a qualquer tempo, por ato de ofício da autoridade, sempre mediante processo administrativo específico. Trata-se da previsão do art. 5º, § 2º, da Lei de Jogos de Azar e Apostas. Seu alcance e efeitos ainda dependem de regulamentação do Ministério da Fazenda.

Já a violação das obrigações previstas no marco legal acarreta, entre outras, a penalidade de: (i) cassação da autorização, (ii) extinção da permissão ou da concessão, (iii) cancelamento do registro, (iv) descredenciamento ou ato de liberação análogo (art. 41, V). Neste caso, diferente do processo de revisão, há a prática de infração administrativa (art. 39) que enseja o processo punitivo.

A exploração dos jogos de azar e apostas na modalidade de quota fixa é complexa, especialmente devido ao formato digital, que alcança todas as regiões do país e está disponível 24 horas por dia, 7 dias por semana para os apostadores. Entre outros fatores, por esta razão, é fundamental que a supervisão, além de ser conduzida pela Secretaria de Jogos e Apostas no âmbito do Ministério da Fazenda, conte também com a participação de todo o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Entre os diversos temas regulados pelo marco legal dos jogos, o capítulo V trata da Oferta e da Realização das Apostas, enquanto a Seção II aborda especificamente a Publicidade e Propaganda. Importante destacar que a própria lei, em seu art. 27, assegura aos apostadores todos os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, veja: Art. 27 São assegurados aos apostadores todos os direitos dos consumidores previstos na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Dessa forma, consideremos essencial considerar o regime de proteção do consumidor nas publicidades de jogos de azar e apostas, especialmente no cumprimento ao princípio da identificação da publicidade (art. 36), da fundamentação da mensagem publicitária (art. 36, parágrafo único), da proibição de publicidade enganosa (art. 37, §§1º e 3º), da vedação à publicidade abusiva (art. 37, §2º) e no ônus da prova da veracidade e correção da comunicação publicitária dos patrocinadores (art. 38).

Há uma especial preocupação em relação as publicidades veiculadas pelos

influenciadores digitais ou afiliados⁵, devido à sua presença intensa nas redes sociais e plataformas, além da dificuldade de supervisionar suas atividades. No entanto, é fundamental considerar as responsabilidades dos patrocinadores dessas publicidades.

Como previsto no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade pela veracidade e correção da mensagem publicitária recai sobre o patrocinador. Do mesmo modo, o art. 7º, parágrafo e art. 25 estabelecem a solidariedade dos responsáveis pela causação dos danos. Assim, tanto aquele que promove o anúncio e impulsiona a divulgação como os influenciadores e os afiliados devem observar as normas de proteção ao consumidor e as disposições do marco legal dos jogos de azar e apostas, especialmente as previstas nos artigos 16 e 17⁶.

A Portaria SPA/MF n. 1.231/2024 reafirma a solidariedade entre os agentes operadores de apostas e os afiliados pelas ações de comunicação, de publicidade e marketing realizados. Neste caso, o conceito de afiliado é um pouco distinto do conceito de influenciador digital.

Para fins da aplicação das regras do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a publicidade realizada pelos influenciadores digitais é aquela realizado por terceiro com a finalidade de estimular o consumo de serviços e que: (i) divulgue o serviço, causa ou sinal a ele associado; (ii) receba compensação ou estabeleça relação comercial, ainda que não financeira, com o anunciante ou agência e (iii) receba ingerência do anunciante ou agência sobre o conteúdo da mensagem.

⁵ Portaria SPA/MF n. 1.231, de 31 de julho de 2024. No art. 2º, inciso IV, considera-se afiliados “pessoas físicas ou jurídicas que fazem publicidade para agente operador de apostas, mediante compensação, ainda que não financeira, atrelada a resultados, tais como o número de apostadores captados ou os valores depositados ou gastos;”.

⁶ Lei n. 14.790, de 29 de dezembro de 2024. O art. 16 trata da regulamentação da comunicação, da publicidade e do marketing da loteria de apostas de quota fixa. Há obrigação que a regulamentação considere: “I - os avisos de desestímulo ao jogo e de advertência sobre seus malefícios que deverão ser veiculados pelos agentes operadores; II - outras ações informativas de conscientização dos apostadores e de prevenção do transtorno do jogo patológico, bem como da proibição de participação de menores de 18 (dezoito) anos, especialmente por meio da elaboração de código de conduta e da difusão de boas práticas; e III - a destinação da publicidade e da propaganda das apostas ao público adulto, de modo a não ter crianças e adolescentes como público-alvo.”. O art. 17, que não depende de regulamentação, estabelece 6 importantes proibições ao agente operador de apostas nas publicidades: “I - tenha por objeto ou finalidade a divulgação de marca, de símbolo ou de denominação de pessoas jurídicas ou naturais, ou dos canais eletrônicos ou virtuais por elas utilizados, que não possuam a prévia autorização exigida por esta Lei; II - veiculem afirmações infundadas sobre as probabilidades de ganhar ou os possíveis ganhos que os apostadores podem esperar; III - apresentem a aposta como socialmente atraente ou contenham afirmações de personalidades conhecidas ou de celebridades que sugiram que o jogo contribui para o êxito pessoal ou social; IV - sugiram ou deem margem para que se entenda que a aposta pode constituir alternativa ao emprego, solução para problemas financeiros, fonte de renda adicional ou forma de investimento financeiro; V - contribuam, de algum modo, para ofender crenças culturais ou tradições do País, especialmente aquelas contrárias à aposta; e VI - promovam o **marketing** em escolas e universidades ou promovam apostas esportivas dirigidas a menores de idade.”.

Assim, a distinção entre o afiliado e o influenciador digital está na vinculação da compensação aos resultados dos apostadores, valores depositados ou gastos. No caso dos influenciadores não há esta vinculação, logo, seu conceito é mais amplo. Por isso, nos parece importante considerar um conceito mais abrangente para proteção dos consumidores.

Para assegurar a conformidade com os critérios e obrigações legais relativos à proteção do consumidor e à regulamentação de jogos de azar e apostas, especialmente no caso dos influenciadores digitais ou afiliados, seria interessante incluir, no processo de autorização a obrigação do agente operador também em relação ao influenciador.

O influenciador que produza conteúdo orgânico, isto é, sem qualquer relação ou compensação não é alcançado pela obrigação solidária, mas se há compensação, ainda que não financeira, em linha com o sistema de autorregulamentação e o próprio Código de Defesa do Consumidor, nos parece que ele também deveria ser tratado.

Assim, o agente operador de apostas é responsável solidariamente em relação aos afiliados, mas também, aos influenciadores, para que as políticas de controle e integridade do cumprimento das obrigações do marco legal dos jogos e apostas, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e outros, sejam assegurador de forma estrutural nas ações e estratégias publicitárias.

A comunicação publicitária e o sistema de veiculação da mensagem são complexos e representam um desafio para a proteção dos consumidores. Por isso, nos parece importante considerar uma união de esforços para o desenvolvimento de política de comunicação publicitária em consonância com os regimes protetivos existentes – marco legal de jogos e apostas e da proteção do consumidor.

O Brasil opera com um regime misto de controle da publicidade. De forma não vinculante, o sistema público é representado pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. O sistema privado é realizado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Em linha com o previsto no art. 16 do marco legal dos jogos de azar e apostas, que incentiva a autorregulação, o CONAR tem avançado na definição de parâmetros e limites para a publicidade de jogos de azar e apostas entre seus associados⁷. Na área pública há uma grande rede de proteção do consumidor representada pelos Procons, presentes em todas as regiões do país. O Procon-SP tem atuado de forma especializada⁸, por exemplo, com um

⁷ Vide o Anexo X, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

⁸ Procon-SP acompanha segmento de apostas e jogos online e já recebe reclamações. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/procon-sp-acompanha-segmento-de-apostas-e-jogos-online-e-ja-recebe-reclamacoes/>. Acesso em: 19 out. 2024.

protocolo de ações integradas e de monitoramento das empresas, tanto para o recebimento de reclamações, como para os atos de fiscalização das publicidades dos agentes operadores de jogos e apostas.

O desafio é significativo e torna-se essencial estabelecer uma articulação mínima entre os sistemas que atuam no controle e aplicação de medidas para coibir publicidades enganosas, abusivas ou ilegais. Seria crucial uma coordenação, não vinculante, para a construção de um sistema robusto, cooperativo, que possa trazer segurança jurídica tanto para os consumidores quanto para os agentes operadores de apostas, anunciantes, canais, meios, enfim, todo o ecossistema da cadeia de publicidade de jogos de azar e apostas eletrônicas.

A ausência de um marco legal para os serviços digitais é muito sentida. Sem uma base normativa estrutural para os serviços digitais, onde se desenvolve os jogos de azar e apostas eletrônicas, há uma insegurança significativa para os consumidores. Assim, os atos de cooperação podem contribuir exatamente nestas lacunas legislativas e permitir a instituição de mecanismos para proteção dos consumidores e de toda sociedade.

Embora existam outras disposições relevantes para a proteção dos consumidores, neste artigo optamos por abordar duas questões que têm impactado significativamente os consumidores-apostadores: as apostas realizadas por menores de 18 anos e o sistema de bonificação utilizado para atrair consumidores ao ambiente digital de jogos de azar e apostas.

3 AS PROIBIÇÕES DO ACESSO DOS MENORES DE 18 ANOS E DE BONIFICAÇÃO DOS JOGOS E APOSTAS E O DIÁLOGO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Capítulo VII do marco legal trata da figura dos apostadores, estabelecendo medidas essenciais para a proteção dos consumidores-apostadores mais vulneráveis, a saber: os menores de 18 anos e as pessoas diagnosticadas com ludopatia (jogo patológico).

A primeira medida estabelecida pela lei foi a indicação dos indivíduos impedidos de participar das apostas, conforme disposto no rol de sujeitos previsto no art. 26 da legislação analisada⁹. Trata-se de um rol exemplificativo e a regulamentação poderá impor novas restrições conforme previsto no art. 26, inciso VII¹⁰.

⁹ Lei n. 14.790, de 29 de dezembro de 2024. O artigo 26 dispõe que: “É vedada a participação, direta ou indireta, inclusive por interposta pessoa, na condição de apostador, de: I - menor de 18 (dezoito) anos de idade; [...] VI - pessoa diagnosticada com ludopatia, por laudo de profissional de saúde mental habilitado; e”.

¹⁰ Lei n. 14.790, de 29 de dezembro de 2024. A norma dispõe que: “Art. 26 [...] VII - outras pessoas previstas na regulamentação do Ministério da Fazenda.”

As restrições estabelecidas pela lei de jogos de azar e apostas têm por objetivo (i) proteger pessoas hipossuficientes; e (ii) garantir a integridade do sistema de jogos e apostas. Como se trata de um sistema de interesse público operado por agentes privados mediante autorização, é fundamental assegurar segurança jurídica. Isso visa evitar efeitos indesejáveis que possam comprometer todo o ecossistema de operadores, o Estado e, especialmente, as pessoas abrangidas pelas medidas de proteção.

No caso dos consumidores-apostadores é necessário estabelecer um diálogo com o Código de Defesa do Consumidor. Os menores de 18 anos (art. 26, I) e as pessoas que tenham sido diagnosticadas com ludopatia (art. 26, VI) podem ser consideradas hipossuficientes, nos termos previsto no art. 39, IV, da norma de proteção¹¹.

Nestes casos, a oferta ou contratação deve respeitar a restrição legal, sob pena de caracterizar uma prática comercial abusiva, nos termos do art. 39, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor.

Os procedimentos para o registro do apostador estão previstos na Portaria SPA/MF n. 1.231/24. Trata-se de mecanismos que poderão contribuir para o controle de acesso dos consumidores menores de 18 anos. O cadastramento, previsto no art. 31, §3º será pelo reconhecimento facial, com prova de vida e a senha alfanumérica com caracteres especiais. Admite-se, no §4º, do art. 31, outras formas de biometria e o dispositivo eletrônico gerador de senhas, ambas medidas sujeitas ao consentimento do consumidor.

A falta de cumprimento das referidas obrigações, sem prejuízo das medidas próprias a serem adotadas pelo Secretaria de Prêmios e Apostas – MF, poderão configurar a violação do Código de Defesa do Consumidor. O controle formal de acesso contribuiu para proteção dos menores de 18 anos. Em relação ao impedimento de acesso dos consumidores diagnosticados com ludopatia é mais sensível, mas seria importante a instituição de procedimentos em articulação com o Ministério da Saúde e a Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça.

A violação das normas de defesa do consumidor poderá ensejar, como sabido, as sanções previstas no art. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, que contempla desde a aplicação de multas de até 30 milhões de reais (art. 56, I e 57) até a suspensão temporária da atividade dos serviços (art. 56, VII), entre outras medidas. Tais medidas de natureza

¹¹ O Código de Defesa do Consumidor prevê no art. 39, inciso IV, a proibição de prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe serviços. Assim, os menores de 18 anos e as pessoas diagnosticadas com ludopatia são mais que vulneráveis, são hipossuficientes, nos termos aqui previstos. Exigem um cuidado que permitam realizar de forma equilibrada a relação de consumo, como a proibição destas pessoas jogarem ou apostarem.

sancionatória, não se confundem com aquelas previstas no marco legal dos jogos de azar e apostas. As sanções previstas na norma de proteção ao consumidor visam assegurar a efetividade de sua tutela. Nos casos dos jogos de azar e apostas, a proteção visa a adequação do serviço público de loterias de quota fixa.

Outro aspecto importante a ser considerado, no âmbito da proteção do consumidor é que a aplicação de sanções administrativas não prejudicam as medidas de natureza civil ou mesmo penal, nos termos do art. 56, do Código de Defesa do Consumidor. Por isso, importante considerar a nulidade de pleno direito¹² das apostas realizadas por aqueles impedidos de apostar, veja: Art. 26. [...] §1º São nulas de pleno direito as apostas realizadas em desacordo com o previsto neste artigo.

Os jogos de azar e as apostas são serviços públicos realizados mediante autorização. Devem atender ao interesse nacional e de toda coletividade, nos termos do art. 5º, da referida lei¹³. Logo, não poderia desconsiderar a tutela dos consumidores-apostadores mais vulneráveis. Trata-se de um imperativo decorrente da previsão constante do art. 5º, inciso XXXII da Carta Fundamental da República. É atribuição do Estado a promoção dos direitos dos consumidores.

Assim, os jogos e apostas realizadas pelos consumidores-apostadores impedidos são considerados nulos de pleno direito. Impõe-se a restituição dos valores apostados pelos referidos consumidores prejudicados. A nulidade de pleno direito é um importante incentivo para o cumprimento das restrições legais dos impedidos de apostar.

A nulidade de pleno direito alcança os agentes operadores de jogos de azar e apostas que passam a responder de forma objetiva pelo acesso indevido dos apostadores. Apesar do regime objetivo da nulidade, importante considerar a necessidade de endereçar as falhas ou inadequações nos sistemas de controle de acesso das pessoas impedidas de apostar.

A medida imposta por lei é rigorosa, mas necessária porque concretiza incentivos substantivos para a proteção das pessoas – menores de idade e pessoas diagnosticadas com ludopatia – e dos limites legais estabelecidos. Busca-se a efetividade dos mecanismos de proteção da saúde e segurança dos consumidores. Neste sentido, o cumprimento das obrigações previstas para proteção dos apostadores não depende apenas do efeito dissuasório decorrente da aplicação de sanções administrativas. Na nova modelagem legislativa, é possível considerar

¹² A nulidade prevista no Marco Legal dos Jogos de Azar e Apostas adota a mesma redação que aquela prevista no Código de Defesa do Consumidor. (NERY JUNIOR, 2019).

¹³ Lei n. 14.790, de 29 de dezembro de 2024. O artigo 5º dispõe que: “Art. 5º A autorização para exploração das apostas de quota fixa terá natureza de ato administrativo discricionário, praticado segundo a conveniência e oportunidade do Ministério da Fazenda, à vista do interesse nacional e da proteção dos interesses da coletividade, observadas as seguintes regras:”.

a nulidade da aposta realizada pelos impedidos e o dever de restituição dos valores apostados um mecanismo mais efetivo para a proteção dos hipossuficientes.

Naturalmente representará um desafio para os agentes operadores de jogos de azar e apostas endereçar os problemas de má-fé e enriquecimento sem causa. Mas, como parte integrante dos riscos de negócio que é operado mediante autorização, as dificuldades não podem impedir o cumprimento das obrigações previstas no marco legal.

Não basta a lei considerar a aposta nula de pleno direito. É necessário que os efeitos da nulidade sejam concretizados, especialmente o mecanismo de restituição dos valores apostados. Trata-se de medida de interesse de toda sociedade. Reafirma a segurança jurídica do sistema de apostas, ao tempo que empresta uma tutela mais efetiva aos hipossuficientes.

Interessante considerar que enquanto as medidas de proteção para aprimorar o acesso são desenvolvidas, a restituição dos valores aos apostadores menores de 18 anos e as pessoas diagnosticadas com ludopatia, pode minimizar os efeitos negativos do jogo, especialmente o impacto econômico nas suas vidas.

É necessário que existam procedimentos para o atendimento e encaminhamento dos pedidos que podem ter natureza judicial ou mesmo pelas vias administrativas. O art. 8º, incisos I e III, do referido marco legal¹⁴, estabelece a obrigação de procedimentos para o atendimento dos apostadores e para o jogo responsável, especialmente para a prevenção dos transtornos de jogo patológico.

Entre os diversos procedimentos a serem regulamentados, consideramos necessário incluir aqueles relacionados ao atendimento dos consumidores hipossuficientes, especialmente os menores de 18 anos e pessoas diagnosticadas com ludopatia, para que os valores apostados possam ser restituídos. Essa medida é essencial para garantir que a proteção não se limite apenas a alertas, informações e orientações, que, embora de indiscutível importância, nem sempre são eficazes para os sujeitos sob a especial proteção da lei de jogos e apostas.

A existência de procedimentos para restituição dos valores apostados por menores de 18 anos e pessoas com diagnóstico de ludopatia poderia estar prevista nos procedimentos e se tornaria requisito obrigatório para a expedição da autorização de que trata o artigo 11, da lei de jogos e apostas¹⁵.

¹⁴ Lei n. 14.790, de 29 de dezembro de 2024. O artigo 8º, incisos I e III dispõe que: “Sem prejuízo de outros requisitos estabelecidos na regulamentação do Ministério da Fazenda, a expedição e a manutenção da autorização para exploração de apostas de quota fixa serão condicionadas à comprovação, pela pessoa jurídica interessada, da adoção e da implementação de políticas, de procedimentos e de controles internos de: I - atendimento aos apostadores e ouvidoria; [...] III - jogo responsável e prevenção aos transtornos de jogo patológico; e”.

¹⁵ Lei n. 14.790, de 29 de dezembro de 2024. O artigo 11 dispõe que: “A autorização somente será expedida se, após o exame da documentação e a avaliação da capacidade técnica e financeira da pessoa jurídica requerente e da

É desejável que a autorização seja precedida da instituição de mecanismos importantes para proteção dos apostadores, como no caso dos procedimentos para a proteção dos hipossuficientes. A proteção do consumidor *by design* sugere que a arquitetura do sistema esteja preparada para prevenir e reparar eventuais danos aos consumidores. Logo, necessário que os procedimentos de restituição dos valores estejam prontos e acessíveis. Em última análise, como visto, serão estes mecanismos que responderão pelo aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de acesso.

A proibição de concessão de bônus é outra importante proibição que merece ser examinada. O marco legal veda o agente operador “conceder, sob qualquer forma, adiantamento, antecipação, bonificação ou vantagem prévia, ainda que a mero título de promoção, de divulgação ou de propaganda, para a realização de aposta¹⁶”.

A medida é necessária para evitar o incentivo agressivo ao jogo. Como visto anteriormente, os danos associados aos jogos de azar e apostas eletrônicas incluem impactos adversos na saúde e bem-estar dos consumidores, nas suas famílias, na comunidade e, de forma mais ampla, em toda a sociedade. Esses efeitos não são apenas imediatos, mas podem perdurar no longo prazo, agravando as condições de saúde dos apostadores e a desigualdade de renda.

No Reino Unido, o tema tem sido amplamente discutido, e embora não haja uma proibição da prática de concessão de bônus para jogos, reconheceu-se que as apostas ou rodadas gratuitas podem afetar grupos específicos, colocando-os em maior risco. Essas práticas levam a comportamentos prejudiciais. Fazendo com que estas pessoas gastem mais do que inicialmente pretendiam¹⁷.

Como previsto no art. 16, parágrafo único, inciso I da lei brasileira sobre jogos de azar e apostas¹⁸, há obrigatoriedade de avisos de desestímulos ao jogo e de advertência sobre seus malefícios. Ainda que pendente de regulamentação, é necessário alertar o consumidor porque a atividade implica em riscos para seu patrimônio e para sua saúde e segurança.

reputação e conhecimento de seus controladores e administradores, o Ministério da Fazenda concluir pelo atendimento de todos os requisitos legais e regulamentares.”

¹⁶ Lei n. 14.790, de 29 de dezembro de 2024. O artigo 29 dispõe que: “É vedado ao agente operador: I - conceder, sob qualquer forma, adiantamento, antecipação, bonificação ou vantagem prévia, ainda que a mero título de promoção, de divulgação ou de propaganda, para a realização de aposta;”.

¹⁷ Vide Comunicado de Imprensa. Grande Reforma das leis de jogos de azar para proteger usuários vulneráveis na era dos smartphones. Publicado em 27/03/2023. Tradução livre. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/news/major-reform-of-gambling-laws-to-protect-vulnerable-users-in-smartphone-era>. Acesso em: 15 out. 2024.

¹⁸ A disposição legal prevê: “Art. 16. As ações de comunicação, de publicidade e de **marketing** da loteria de apostas de quota fixa observarão a regulamentação do Ministério da Fazenda, incentivada a autorregulação. Parágrafo único. A regulamentação de que trata o **caput** deste artigo disporá, pelo menos, sobre: I - os avisos de desestímulo ao jogo e de advertência sobre seus malefícios que deverão ser veiculados pelos agentes operadores;”

A concessão de bônus ou práticas similares tem por objetivo atrair o consumidor para a experimentação do jogo, sem o risco aparente de perder dinheiro. Trata-se de uma forma de minimizar os riscos e permitir uma decisão racional e supostamente controlada. No entanto, pode ocorrer que os valores apostados pelo consumidor seja superior aos valores concedidos como bônus. É possível que o bônus ou gratuidade seja uma porta de entrada para um gasto maior com as apostas, ou ainda, para trazê-lo novamente ao jogo de azar e apostas e assim, cativar o consumidor.

Em várias situações é possível que a gratuidade limitada do jogo possa provocar outros efeitos. No caso de consumidores com condição econômica mais restrita, pode ser a oportunidade de apostar. Porém, a perda de recursos já escassos poderá provocar efeitos ainda mais dramáticos para sua vida.

A aposta, conforme previsto no art. 2º da lei de jogos de azar e apostas, é “ato por meio do qual se coloca determinado valor em risco na expectativa de obtenção de um prêmio”. O reconhecimento do risco pelo marco legal ocorre novamente quando há o reconhecimento como direito básico de todos os consumidores (art. 27, §1º, inciso III) a informação e a orientação adequadas e claras quanto (i) aos riscos de perda dos valores das apostas; e (ii) aos transtornos de jogo patológico.

Nem sempre informar ou orientar é suficiente. Há conhecidos casos em que a proibição é a medida mais eficiente para se atingir o objetivo que se pretende, qual seja, a proteção da sociedade diante de produtos ou serviços que colocam em risco seus interesses econômicos ou mesmo a sua saúde e segurança.

A proibição de distribuição graciosa de produtos ou serviços não é nova. Nem a vedação de acesso de menores de 18 anos a determinados produtos ou serviços. A Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996 proibiu expressamente¹⁹ a distribuição de cigarros, cigarrilhas charutos, cachimbos ou qualquer outro fumígeno,

A ausência da proibição, como vimos neste período de liberação desde 2018 é o poder das bonificações que permitem um forte adesão e experimentação dos consumidores. Ela pode ter sido responsável por parte significativa dos valores movimentados. A agressividade dos valores ofertados para bonificação nos ajudam a ter uma dimensão de sua importância e eficácia na conversão dos consumidores.

4 OS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO EFICAZ DESSES MECANISMOS

¹⁹Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. Vide art. 3º-A, inciso II. Veja: “Art. 3º-A Quanto aos produtos referidos no art. 2º desta Lei, são proibidos: [...] II – a distribuição de qualquer tipo de amostra ou brinde;”.

PARA A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

Como examinado ao longo deste artigo os principais desafios para a defesa do consumidor relacionado aos jogos de azar e apostas online são (i) a proteção da saúde e segurança dos consumidores; (ii) o acesso dos menores de 18 anos; e (iii) as bonificações e promoções que atraem os consumidores.

Em relação a proteção à saúde e segurança a preocupação está relacionada aos impactos negativos dos jogos na saúde mental dos consumidores, especialmente em relação à ludopatia. Nestes casos, o impacto atinge não apenas os apostadores, mas suas famílias e toda sociedade.

O acesso dos menores de 18 anos e pessoas diagnosticadas com ludopatia, como visto, é vedada, porém, fundamental termos um sistema preparado, “ex ante” para prevenção e tratamento dos casos. O processo de autorizações que ocorrerá ao longo dos próximos meses poderia exigir a apresentação das medidas a serem adotadas pelos agentes operadores e acompanhar sua implementação com compartilhamento dos resultados para toda sociedade. Sem um sistema, minimamente prévio e estrutural, como a previsão nos procedimentos de formas de restituição dos valores apostados, parcerias com a área de saúde e de proteção ao consumidor, os consumidores hipossuficientes continuarão ser fortemente impactados em seus direitos.

As estratégias agressivas de bonificação utilizadas para atrair consumidores podem continuar a aumentar a adesão e experimentação dos consumidores. É fundamental que elas possam cessar e medidas mais severas possam ser adotadas para a proteção de todos os consumidores.

Por fim, a experiência europeia nos revela a importância da edição de um marco legal dos serviços digitais. Os novos mecanismos de supervisão, com a utilização de tecnologia, nos parece essenciais para que seja possível um acompanhamento das condutas e adoção tempestivas das medidas necessárias para a correção dos desvios e inadequações que possam afetar o interesse e os direitos dos consumidores.

Não se trata de um tarefa fácil. A tecnologia nos trouxe inúmeros benefícios, mas encerra também desafios gigantescos que transformam a forma como consumimos e vivemos nossas vidas. É urgente uma ação cooperativa e o esforço de toda sociedade para enfrentarmos os novos desafios trazidos pela autorização dos jogos de azar e apostas online.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Estudos Especiais nº 119/2024**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE119_Analise_tecnica_sobre_o_mercado_de_apostas_online_no_Brasil_e_o_perfil_dos_apostadores.pdf Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. Agência Brasil. **Contas Públicas têm déficit de R\$ 21,4 bilhões em agosto**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-09/contas-publicas-tem-deficit-de-r-214-bilhoes-em-agosto>. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei n. 9.215, de 30 de abril de 1946**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9215.htm. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. **Empresas e Negócios**. Disponível em: <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/empreendedor/perguntas-frequentes/cadastur/o-que-e-cnae#:~:text=A%20sigla%20CNAE%20significa%20Classificação,da%20Administração%20Tributária%20do%20país>. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. **Portaria SP/MF n. 1.475, de 16 de setembro de 2024**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-spa/mf-n-1.475-de-16-de-setembro-de-2024-584820215>. Acesso em: 19 out. 2024.

BRASIL. **Portaria SPA/MF n. 1.231, de 31 de julho de 2024**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-spa/mf-n-1.231-de-31-de-julho-de-2024-575670297>. Acesso em: 13 out. 2024

BRASIL. **Lei n. 5.768, de 20 de dezembro de 1971**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5768.htm. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.756, de 12 de dezembro de 2018**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13756.htm. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. **Lei n. 14.790, de 29 de dezembro de 2024**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14790.htm. Acesso em: 13 out. 2024

BRASIL. **Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm. Acesso em: 19 out. 2024

BRASIL. Senado Federal. Senado Notícias. **Lei destina recurso de loterias para Fundo Nacional de Segurança Pública**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/12/13/lei-destina-recurso-de-loterias-para-fundo-nacional-de-seguranca-publica>. Acesso em: 13 out. 2024.

CONAR. **Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais**. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 19 out. 2024

MARTINS, Fernando; MARTINS, Guilherme Magalhães; MARQUES, Claudia Lima. **Economia da atenção, gamificação e esfera lúdica**: hipótese de nulidade e neurodano das apostas online. Consultor Jurídico. São Paulo, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-out-03/economia-da-atencao-gamificacao-e-esfera-ludica-hipotese-de-nulidade-e-neurodano-decorrentes-dos-abusos-em-apostas-e-jogos-on-line/>. Acesso em: 14 out. 2024.

NERY JUNIOR, Nelson. **Nulidade das Cláusulas Abusiva**. In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. coord. Ada Pellegrini Grinover [et al]. 12.ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2019

WARDLE, Heather; REITH, Gerda; BEST, David; McDAID, David ; PLATT, Stephen. **Measuring gambling-related harms**: a framework for action. Gambling Commission, Birmingham, UK, LSE, 2018. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/89248/> Acesso em: 13 out. 2024.

WU, Tim. **The attention Merchants**. London, Atlantic Books, 2017.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DOS SISTEMAS PROIBIDOS AOS DE ELEVADO RISCO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE: FROM PROHIBITED SYSTEMS TO HIGH RISK SYSTEMS

Mário Frota¹

RESUMO

Para além do conceito de Inteligência Artificial em que assenta o Regulamento, o artigo caracteriza o risco, como pedra angular da disciplina que nele se estabelece, e procede à classificação dos sistemas sob uma tal perspectiva. Mas contempla tão só os sistemas de risco inaceitável e, por conseguinte, proibidos e os de risco elevado, que enuncia. E, dentre os sistemas proibidos, elege o ‘reconhecimento facial através da recolha aleatória de imagens a partir da Internet ou de televisão em circuito fechado’, a ‘inferência de emoções de uma pessoa natural no local de trabalho e nas instituições de ensino’, a ‘categorização biométrica para classificação individual de pessoas naturais com base em dados biométricos e a ‘identificação biométrica à distância em "tempo real" em espaços acessíveis ao público para efeitos de manutenção da ordem pública’, com particular enfoque nas suas peculiaridades; assim como, no que tange aos de elevado risco, destaca os sistemas de identificação biométrica à distância, os que aferem a categorização biométrica, de acordo com atributos ou características sensíveis ou protegidos com base na inferência de tais atributos ou características e os concebidos em ordem ao reconhecimento de emoções. E analisa as regras que no Regulamento se vertem sobre cada um dos sistemas.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial – Risco – Classificação do Risco - Risco Mínimo – Risco Limitado – Risco Elevado – Risco Inaceitável – Dados biométricos – Reconhecimento Facial – Identificação biométrica – Categorização biométrica – Reconhecimento de emoções -

RESUMEN

Además del concepto de Inteligencia Artificial en el que se basa el Reglamento, el artículo caracteriza el riesgo como piedra angular de la disciplina que se establece en él, y procede a clasificar los sistemas desde dicha perspectiva. Sin embargo, solo incluye los sistemas de riesgo inaceptables y, por tanto, prohibidos, así como los sistemas de alto riesgo que establece. Y, entre los sistemas prohibidos, elige el «reconocimiento facial mediante la recogida aleatoria de imágenes de Internet o de un circuito cerrado de televisión», la «inferencia de emociones de una persona física en el lugar de trabajo y en las instituciones educativas», «la categorización biométrica para la clasificación individual de personas físicas basada en datos biométricos» y la «identificación biométrica a distancia en "tiempo real" en espacios de acceso público con el fin de mantener la Orden público, con especial atención a sus peculiaridades; Así como, en lo que respecta a los de alto riesgo, destaca los sistemas de identificación biométrica remota, los que evalúan la categorización biométrica en función de atributos o características sensibles o

¹ Antigo Professor da Universidade de Paris Est. Fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo. Fundador e presidente emérito da apDC – de Direito do Consumo – Portugal.

protegidas a partir de la inferencia de dichos atributos o características, y los diseñados para el reconocimiento de emociones. Y analiza las reglas que se establecen en el Reglamento sobre cada uno de los sistemas.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia Artificial – Riesgo – Clasificación de Riesgo – Riesgo Mínimo – Riesgo Limitado – Alto Riesgo – Riesgo Inaceptable – Datos Biométricos – Reconocimiento Facial – Identificación Biométrica – Categorización Biométrica – Reconocimiento de Emociones –

I

PRELIMINARES

1. Conceito de Inteligência Artificial

Por Inteligência artificial (IA) se concebe, em geral, os sistemas lógicos de programação que conferem às máquinas a capacidade de desempenhar funções como aprender, raciocinar e tomar decisões sobre as vias a seguir, de forma encadeada, consequente, ante determinadas situações.

A fórmula em que se baseia a Inteligência Artificial arranca da soma de mega-dados e da computação em nuvem e de adequados modelos de dados, cujo resultado conflui ou concorre para a concepção de máquinas mais ‘inteligentes’.

O conceito constante do Regulamento, com o no seu preâmbulo se previne, há que definir-se de forma inequívoca, estreitamente alinhado com o labor desenvolvido pelas organizações internacionais particularmente activas neste domínio, a fim de propiciar a segurança jurídica, facilitar a convergência global e a sua mais ampla aceitação, imprimindo-lhe em simultâneo a flexibilidade suficiente para se adaptar a rápidas evoluções tecnológicas observadas em um tal congenho.

Além disso, deverá basear-se nas principais características dos sistemas de IA que o distinguem de sistemas de *software* ou de abordagens de programação tradicionais mais simples e não deverá abranger sistemas baseados nas regras definidas exclusivamente por pessoas naturais para executarem operações automaticamente.

Uma característica principal dos sistemas de IA é a sua capacidade de proceder a inferências: o que decorre do processo de obtenção de resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões susceptíveis de influenciar ambientes físicos e virtuais, e à capacidade dos sistemas de IA para obter modelos e/ou algoritmos a partir de entradas ou de dados.

As técnicas que permitem inferências durante a construção de um sistema de IA incluem abordagens de aprendizagem automática que ‘assimilam’ com os dados a forma de alcançar determinados objectivos, e outras baseadas na lógica e no conhecimento que operam inferências a partir do conhecimento codificado ou da representação simbólica da tarefa a resolver.

A capacidade de um sistema de IA de proceder a inferências vai além do tratamento básico de dados e permite a aprendizagem, o raciocínio ou a modelização.

O termo "baseado em máquinas" refere-se ao facto de os sistemas de IA funcionarem em máquinas.

A referência a objectivos explícitos ou implícitos visa sublinhar que os sistemas de IA podem funcionar de acordo com objectivos expressamente definidos, os explícitos, ou com os implícitos: os objectivos do sistema de IA podem ser diferentes da finalidade para tal prevista em um contexto específico.

Por "ambientes" se entende os contextos em que os sistemas de IA operam, ao passo que os resultados gerados pelo sistema de IA reflectem diferentes funções desempenhadas por tais sistemas e incluem previsões, conteúdos, recomendações ou decisões.

Os sistemas de IA são concebidos para operar com diferentes níveis de autonomia, o que significa que têm um certo grau de independência das acções efectuadas por intervenção humana e de capacidade para funcionar sem uma tal intervenção.

A capacidade de adaptação que um sistema de IA poderá apresentar após a implantação refere-se à capacidades de auto-aprendizagem, permitindo que o sistema mude enquanto se achar em funcionamento.

Os sistemas de IA podem ser utilizados autonomamente ou como componentes de um produto, independentemente de o sistema estar fisicamente incorporado no produto (integrado) ou servir a funcionalidade do produto sem nele estar incorporado (não integrado).

O Sistema de I.A., de harmonia com o que conceitua o Regulamento, é, pois, o sistema baseado em máquinas concebido para operar com vários níveis de autonomia e que pode, em relação a objectivos explícitos ou implícitos, criar resultados, como previsões, recomendações ou decisões, que influenciem ambientes físicos ou virtuais.

“A inteligência artificial é uma família de tecnologias em rápida evolução, capaz de oferecer - e decerto já oferece - um vasto conjunto de benefícios económicos, ambientais e sociais a todo o leque de indústrias e actividades sociais, se desenvolvida de acordo com princípios gerais pertinentes em conformidade com a Carta e com os valores em que a União Europeia se alicerça.”

Ao aperfeiçoar as previsões, otimizar as operações e a repartição de recursos e personalizar as soluções digitais dispensadas às pessoas e às organizações, a inteligência artificial pode conferir importantes vantagens competitivas às empresas e contribuir para o progresso social e ambiental, por exemplo, nos cuidados de saúde, na agricultura, na segurança alimentar, na educação e na formação, nos meios de comunicação social, no desporto, na cultura, na gestão das infra-estruturas, na energia, nos transportes e logística, na gestão de crises, nos serviços públicos, na segurança, na justiça, na eficiência energética e dos recursos, na monitorização do ambiente, na preservação e recuperação da biodiversidade e dos ecossistemas e na atenuação das alterações climáticas e sua adaptação.

2. O risco como pedra angular dos sistemas de Inteligência Artificial

O princípio da precaução norteia o regime que o Regulamento Europeu, aprovado no Parlamento a 13 de Março pretérito, em co-decisão do Conselho da União Europeia, delineia para vigorar no lapso de dois anos após o vigésimo dia subsequente ao da sua publicação no Jornal Oficial (JOUE).

E, na apreciação dos sistemas e modelos, o *risco* assume relevante papel, dir-se-ia, uma posição nodular, nuclear.

E, na noção que dele traça, no glossário, o Regulamento, "risco" é a combinação da probabilidade de ocorrência de danos com a gravidade desses danos", com a gravidade que deles emana ou neles radica.

Os riscos, segundo a gravidade que lhes subjaz, definem-se por categorias a que quadra distinta disciplina ora traçada de modo inequívoco no Regulamento Europeu.

Eis as distintas categorias de riscos ali desenhadas:

- Inaceitáveis e, por conseguinte, proibidos,
- Elevados,
- Limitados e
- Mínimos

Por forma a que o complexo de normas vinculativas aplicáveis aos sistemas de IA seja proporcionado e eficaz, há que adoptar uma abordagem baseada no risco claramente definida, como preambularmente se previne,

Para o efeito haverá que adaptar o tipo e o conteúdo normativo à intensidade e à janela de riscos susceptíveis de ser gerados pelos sistemas sob análise.

Daí que se torne imperioso regrar, a tempos e modos variáveis, a intensidade das medidas que se impuser se adoptem em função dos riscos perspectiváveis ou susceptíveis de concretização.

Conquanto a abordagem fundada no risco constitua a base para um conjunto proporcionado e eficaz de regras imperativas, importa não descuar, no entanto, as Directrizes Éticas para uma IA de Confiança, elaboradas em 2019 pelo GPAN / IA Independente designado para o efeito pela Comissão Europeia ⁽²⁾

² Sete os princípios éticos não vinculativos, ou seja, que não obrigam e se destinam a garantir uma IA de confiança e em consonância com a principiologia estruturalmente assente. Conquanto, pela disposição infra, pareça configurarem-se como oito e, não, sete.

Ei-los:

- ☐ Iniciativa e supervisão por humanos;
- ☐ Solidez técnica e segurança;
- ☐ Privacidade e governação dos dados;

-
- ☐ Transparência;
 - ☐ Diversidade,
 - ☐ Não discriminação e equidade;
 - ☐ Bem-estar social e ambiental e
 - ☐ Responsabilização.

Em simbiose com as normas emergentes de outros sistemas de valor, tais directrizes concorrem para a concepção de uma IA coerente, de confiança e centrada no ser humano, em consonância com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e com os princípios e valores em que a União Europeia se funda.

De harmonia com o guião exibido com a chancela do GPAN em IA,

- ☐ "iniciativa e supervisão por humanos": todos os sistemas de IA se desenvolvem e empregam como uma ferramenta ao serviço das pessoas, da dignidade humana e da autonomia pessoal, funcionando de molde a poder ser adequadamente controlada e supervisionada por humanos.
- ☐ "Solidez técnica e segurança": os sistemas de IA desenvolvem-se e empregam-se de forma a permitir solidez se decorrerem de problemas e resiliência contra tentativas de alteração do seu *modus faciendi* ou desempenho ao alcance do uso ilícito por terceiros, e de molde a minorar danos não intencionais susceptíveis de ocorrer.
- ☐ "Privacidade e governança dos dados": os sistemas de IA desenvolvem-se e empregam-se em conformidade com as disposições vertidas em tema de privacidade e de protecção de dados, ao mesmo tempo que o tratamento de dados satisfaz normas elevadas em termos de qualidade e de integridade.
- ☐ "Transparência": os sistemas de IA desenvolvem-se e empregam-se de molde a permitir uma rastreabilidade e explicabilidade adequadas, sensibilizando em simultaneidade os seres humanos para o facto de estarem a comunicar ou a interagir com um sistema de IA, informando devidamente os responsáveis pela implantação das capacidades e limitações de um tal sistema de IA e esclarecendo as pessoas afectadas dos direitos que lhes assistem.
- ☐ "Diversidade, não discriminação e equidade": os sistemas de IA desenvolvem-se e empregam-se de forma a incluir diferentes intervenientes e a promover a igualdade de acesso, a igualdade de género e a diversidade cultural, evitando em simultaneidade efeitos discriminatórios e enviesamentos injustos proibidos pelo direito da União ou pelas normas do direito nacional.
- ☐ "Bem-estar social e ambiental": os sistemas de IA desenvolvem-se e empregam-se de forma sustentável e em absoluto respeito pelo ambiente, intentando beneficiar os seres humanos, estimando ao mesmo tempo os impactos de longo prazo nas pessoas, na sociedade e no sistema democrático, nas suas distintas modelações. A aplicação de tais princípios deverá traduzir-se, sempre que possível, na concepção e na utilização de modelos de IA. Em qualquer caso, deverão servir de base para a elaboração de códigos de conduta ao abrigo das prescrições do actual regulamento. Incentiva-se as partes interessadas (indústria, academia, sociedade civil e instituições de normalização) a perfolhar, consoante o caso, os princípios éticos para o desenvolvimento de boas práticas e a adopção de normas voluntárias cuja observância inapelavelmente se impõe.
- ☐ "Responsabilidade": a capacidade de avaliação das próprias habilidades e acções e as possíveis consequências das decisões de molde a agir por forma a que os objectivos esperados tenham maior probabilidade de se alcançarem sem causarem danos de qualquer espécie na esfera seja de quem for.

É sobre o risco que se alicerça a análise, é sobre o risco que se edifica o sistema, consoante o seu teor e a sua natureza, a sua intensidade e o seu pendor.

3. A classificação segundo o risco oferecido pelos sistemas de Inteligência Artificial

Segundo o Regulamento em apreciação, os sistemas definir-se-ão segundo os riscos associados e a disciplina susceptível de lhe quadrar será proporcional à gravidade dos riscos que se antevêm ou se perspectivam.

3.1. Risco mínimo

O **risco mínimo** é o que subjaz à generalidade dos sistemas de inteligência artificial, desenvolvidos e empregues com observância da legislação que vigorará, sem que se estabeleçam obrigações jurídicas adicionais: a larga maioria dos sistemas de IA ora adoptados na UE - ou susceptíveis de o serem - insere-se em uma tal categoria ⁽³⁾

Os fornecedores dos sistemas podem optar por aplicar, na vertente hipótese, os requisitos para uma inteligência artificial fiável e aderir a códigos de conduta (códigos de práticas como ora se denominam no texto), de sua natureza facultativos, como o sugere o Regulamento no seu artigo 56.

Ao Serviço para a IA se comete a faculdade de “convidar todos os fornecedores de modelos de IA de finalidade geral, bem como as autoridades nacionais competentes, a participar na elaboração de códigos de práticas: as organizações da sociedade civil, a indústria, o meio académico e outras partes interessadas pertinentes, tais como fornecedores a jusante e peritos independentes”, poder-se-ão co-envolver na iniciativa e concorrer para a consecução de um tal propósito, a todos os títulos, relevante e meritório.

O Serviço para a IA e o Comité procurarão assegurar que os códigos de conduta definam claramente os objectivos específicos a que tendem e neles se inscrevam compromissos ou medidas, em que se incluem, se adequado, os indicadores-chave de desempenho, para garantir a consecução de um tal escopo, ponderando interesses e necessidades de todos os partícipes, neles figurando necessariamente as pessoas afectadas, no seio da União.

3.2. Risco limitado

Em uma tal categoria se inserem os sistemas cujo risco específico em matéria de transparência é patente e abrange determinados sistemas de inteligência artificial a que são impostos exigentes requisitos de transparência, *verbi gratia* quando haja um risco manifesto de manipulação (como

³ As aplicações de risco mínimo, a saber, os sistemas que formulam recomendações ou os filtros de correio electrónico não solicitado (vulgo, SPAM) com base na IA estarão isentos de quaisquer obrigações, uma vez que implicam um risco mínimo (quicá, nulo) para os direitos e a segurança dos cidadãos.

seja a utilização de sistemas de conversação automática ou de robôs de comunicação susceptíveis de iludir os seus interlocutores).

Quem os utiliza deve estar ciente de que interage com uma máquina que não com um ser humano.

O Regulamento considera também neste particular os riscos sistémicos potencialmente associados a modelos de IA de finalidade geral, incluindo grandes modelos de IA generativa, susceptíveis de utilização em uma série de tarefas e que se acham na base de muitos sistemas de IA na UE.

Alguns dos modelos, como tal caracterizados, podem comportar riscos sistémicos se forem muito potentes ou largamente utilizados, a saber, podem provocar graves acidentes ou ser empregues ilícita e abusivamente para ciber-ataques de vasto alcance.

Uma legião de cidadãos poderá vir a ser afectada se um modelo do jaez destes propagar preconceitos nocivos em muitas das aplicações.

Os grandes modelos de IA generativa são um exemplo típico de um modelo de IA de uso geral, dado que permitem a geração flexível de conteúdos (como na forma de texto, áudio, imagens ou vídeo) que podem facilmente acomodar uma ampla gama de tarefas distintas.

3.3. Risco elevado

Assiste um número limitado de sistemas, com um potencial susceptível de afectar negativamente a segurança das pessoas ou o respeito dos seus direitos fundamentais.

Em um anexo do Regulamento Europeu, a lista de sistemas de IA de risco elevado susceptível de revisão por forma a ajustar-se à evolução que entretanto se vier a registar.

Trata-se de um modelo aberto que não dominado por um qualquer “*numerus clausus*”

Uma tal lista inclui de modo análogo componentes de segurança de produtos abrangidos por legislação sectorial emanada da União, considerados de risco elevado sempre que sujeitos a avaliação de conformidade por terceiros por força de uma tal legislação sectorial.

Como exemplos de sistemas de risco elevado se poderá configurar o de determinadas infra-estruturas críticas, *verbi gratia*, nos domínios da água, do gás e da electricidade; dispositivos médicos; sistemas adoptados para determinar o acesso a estabelecimentos de ensino ou para efeitos do recrutamento de pessoal docente ou não docente; ou certos sistemas usados nos domínios da aplicação da lei, do controlo das fronteiras, da administração da justiça e dos processos democráticos (como os sistemas electivos e a sua *praxis*).

Os sistemas de identificação biométrica, categorização biométrica e reconhecimento de emoções também se consideram, no quadro do Regulamento Europeu, de alto risco ou risco elevado.

3.4. Risco inaceitável

Abrange um conjunto muito limitado de utilizações particularmente nocivas de sistemas de IA que violam os direitos fundamentais ínsito na Carta da UE, donde a sua proibição, a saber, aplicações que manipulem o comportamento humano para iludir o livre arbítrio de quem os usa (v.g., brinquedos para menores com assistência de voz que encoraje comportamentos perigosos), sistemas que permitam uma «classificação social» por parte das administrações públicas ou das empresas e determinadas aplicações de policiamento ou vigilância baseadas em previsões.

Vedadas também se acham determinadas utilizações de sistemas biométricos, tais como os de reconhecimento de emoções no local de trabalho, de categorização social ou de identificação biométrica remota em tempo real para efeitos da aplicação da lei em espaços acessíveis ao público (com excepções contadas).

Os riscos que se têm por mais gravosos figuram – *et pour cause* – no *index* e são de todo de excluir, como aliás o faz percucientemente o Regulamento, alçado a instrumento de análise.

São, por conseguinte, proscritos determinados sistemas. Não se admitem de nenhum modo. Com ou sem precauções. Conquanto se registem restritíssimas excepções que em lugar próprio se constituirão em objecto de análise.

II

RISCO INACEITÁVEL:

PRÁTICAS ABSOLUTAMENTE PROIBIDAS

1. O Risco Inaceitável vedado imperativamente pelo Regulamento Europeu

Como se assinalou, por forma a que o complexo de normas vinculativas aplicáveis aos sistemas de IA seja proporcionado e eficaz, há que adoptar uma abordagem baseada no risco claramente definida.

Para o efeito haverá que adaptar o tipo e o conteúdo normativo à intensidade e ao complexo de riscos susceptíveis de ser criados pelos sistemas em análise.

Daí que se torne imperioso proibir um sem-número de práticas inaceitáveis de IA.

Conquanto a abordagem fundada no risco constitua a base para um conjunto proporcionado e eficaz de regras imperativas, importa não ignorar, no passo de que se trata, as Directrizes Éticas para uma IA de Confiança, elaboradas em 2019 pelo GPAN em IA independente, nomeado em devido tempo pela Comissão Europeia.

Em tais directrizes se recortou um acervo de sete princípios éticos não vinculativos para a IA, cuja observância visa garantir, porém, sistemas de confiança e eticamente irrepreensíveis.

Como condição prévia, a IA erguer-se-á como tecnologia centrada no ser humano: servirá para tanto como instrumento para as pessoas, com o objectivo último de incrementar o bem-estar de cada um e de todos e das comunidades nacionais congregadas em redor do projecto sócio-económico em que radica a União Europeia.

Revelar-se-ão, ainda que de modo sintético, tais princípios, a saber: iniciativa e supervisão por humanos; solidez técnica e segurança; privacidade e governança dos dados; transparência; diversidade, não discriminação e equidade; bem-estar social e ambiental e consequente responsabilização.

Sem prejuízo dos requisitos juridicamente vinculativos que no Regulamento se conformam e de quaisquer outras disposições aplicáveis emergentes do direito da União, tais directrizes (*guidelines*), como preambularmente se assinala, contribuem para a concepção de uma IA coerente, de confiança e centrada e com enfoque no ser humano, em iniludível consonância com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e os valores em que se alicerça o edifício institucional deste relevante bloco regional.

2. A enunciação dos sistemas de “risco inaceitável” segundo o Regulamento Europeu: o estado da arte

O Regulamento, ora aprovado, prevê-os expressamente no n.º 1 do seu artigo 5.º, em obediência a um *numerus clausus* irrefragável.

Perspectivam-se e figuram como **riscos inaceitáveis** e, por conseguinte, proibidos *ex vi legis*, os que enformam sistemas que:

- ☐ Empreguem técnicas subliminares que contornem a consciência de uma pessoa ou que a manipulem manifestamente ou a ludibriem, com o objectivo ou o efeito de distorcer substancialmente o seu comportamento ou o de um grupo, afectando de forma considerável a sua capacidade de decisão;
- ☐ Explorem vulnerabilidades de uma pessoa ou de um grupo específico devido à idade, incapacidade ou situação sócio-económica, com o fito de distorcer substancialmente o seu comportamento ou de pessoa pertencente ao grupo de tal forma que cause ou seja razoavelmente susceptível de causar-lhe significativos prejuízos;
- ☐ Avaliem ou classifiquem pessoas naturais ou grupos de pessoas durante um certo período com base no seu comportamento social ou em características de personalidade, conhecidas, inferidas ou previsíveis, em que tal classificação social conduza a tratamento prejudicial ou desfavorável:
 - o em contextos sociais não relacionados com aqueles em que os dados foram originalmente gerados ou recolhidos;
 - o que seja injustificado ou desproporcionado face ao seu comportamento social ou à gravidade de que se reveste;

- ☐ Visem uma finalidade específica ou se adoptem para avaliação de risco de pessoas naturais a fim de aferir ou prever a probabilidade de virem a cometer uma infracção penal, com base exclusivamente numa definição de perfis ou na avaliação dos seus traços e características de personalidade (o que não se aplica aos sistemas que se destinem a apoiar a avaliação do envolvimento de uma pessoa em actividade criminosa, que se baseie já em factos objectivos e verificáveis, directamente ligados a tal);
- ☐ Criem ou expandam bases de dados de reconhecimento facial através da recolha aleatória de imagens faciais a partir da Internet ou de imagens de televisão em circuito fechado;
- ☐ Se destinem a inferir emoções de uma pessoa natural no local de trabalho e nas instituições de ensino, excepto se se destinar a ser instalado ou introduzido no mercado por razões médicas ou de segurança;
- ☐ Visem a categorização biométrica para classificação individual de pessoas naturais com base em dados biométricos para deduzir ou inferir a sua raça, opiniões políticas, filiação sindical, convicções religiosas ou filosóficas, vida ou orientação sexual (tal proibição não abrange rotulagens nem filtragens de conjuntos de dados biométricos legalmente adquiridos, tais como imagens, com base em dados biométricos ou na categorização de dados biométricos no domínio da manutenção da ordem pública);
- ☐ Se destinem a identificação biométrica à distância em "tempo real" em espaços acessíveis ao público para efeitos de manutenção da ordem pública, a menos e na medida em que tal utilização seja estritamente necessária para um dos seguintes fins:
 - o busca selectiva de vítimas específicas de rapto, tráfico ou exploração sexual de seres humanos, bem como a de pessoas desaparecidas;
 - o prevenção de uma ameaça específica, substancial e iminente à vida ou à segurança física de pessoas singulares ou de uma ameaça real e actual ou real e previsível de um ataque terrorista;
 - o a localização ou identificação de uma pessoa suspeita de ter cometido uma infracção penal, para efeitos da realização de uma investigação criminal, instauração de acção penal ou execução de uma sanção penal por alguma das 16 infracções enunciadas em anexo e puníveis no Estado-membro de que se trate com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração máxima não inferior a quatro anos.

3. O enfoque sob dados parâmetros e sua consequente apreciação

Elegeremos, neste passo, o “reconhecimento facial através da recolha aleatória de imagens a partir da Internet ou de televisão em circuito fechado”, a “inferência de emoções no local de trabalho ou nas instituições de ensino”, a “identificação biométrica à distância em ‘tempo real’ em espaços acessíveis ao público para efeitos de manutenção da ordem pública” e “a categorização biométrica para classificação individual de pessoas naturais com base em dados biométricos”.

Apreciemos cada um de per si nos passos subsequentes,

1.1. Reconhecimento facial através da recolha aleatória de imagens a partir da Internet ou de televisão em circuito fechado

O conceito de "dados biométricos" deve ser interpretado à luz do que prescreve, entre outros, o Regulamento Geral de Protecção de Dados, a saber, “os dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única de uma tal pessoa, nomeadamente as imagens faciais ou os dados dactiloscópicos”.

Os dados biométricos podem permitir a autenticação, identificação ou categorização de pessoas singulares e o reconhecimento das suas emoções.

O que é o reconhecimento facial?

Algo que consiste num peculiar meio de identificar ou confirmar a identidade de uma pessoa natural através do rosto ou fâcies, susceptível de ser usado para identificar de modo diferido pessoas em fotos, vídeos ou, em simultaneidade, ‘em tempo real.’

Perspectiva-se o reconhecimento facial como uma categoria de segurança biométrica.

Outras modelações de *software* biométrico incluem, designadamente, o reconhecimento de voz, a impressão digital, a retina ocular ou a íris. A tecnologia é usada, em geral, para segurança e aplicação da lei, embora haja um interesse crescente em outros relevantes domínios que se abrem à sua exploração.

A pessoas, em geral, identificam a tecnologia de reconhecimento mercê do Face ID, usado para desbloquear o *iPhone*, como uma simples aplicação de reconhecimento facial.

Normalmente, o reconhecimento facial não conta com um amplo banco de dados de fotos para determinar a identidade de quem quer que seja; identifica simplesmente a pessoa de que se trata e reconhece-a como sendo a titular única do dispositivo, limitando o acesso aos mais.

Além de permitir o desbloqueamento de equipamentos celulares, o reconhecimento facial promove a correspondência entre os rostos de pessoas que se postam diante de câmaras especiais com as imagens que figuram em uma lista de observação. As listas disporão de imagens de qualquer pessoa, incluindo das que não sejam suspeitas de uma qualquer infracção; e as imagens podem ter origem, como se assinala, em um qualquer lugar, até mesmo das contas das redes sociais que são amplamente povoadas de registos do estilo.

Como se destaca do preâmbulo do Regulamento, no seu n.º 43, “a colocação no mercado ou em serviço para este fim específico ou a utilização de sistemas de IA que criem ou expandam bases de dados de reconhecimento facial através da recolha aleatória de imagens faciais da Internet ou de imagens de CCTV deverão ser proibidas por esta prática aumentar o sentimento de

vigilância em larga escala e poder conduzir a violações grosseiras dos direitos fundamentais, incluindo o direito à privacidade.”⁽⁴⁾

O facto é que o Regulamento o proíbe, como se assinalou, considerando que o reconhecimento facial constitui uma categoria abrangida na dos “riscos inaceitáveis”.

1.2. Inferência de emoções de uma pessoa natural no local de trabalho e nas instituições de ensino

⁴ Como se inscreve in Kapersky, “O que é reconhecimento facial – definição e explicação”, abundam os exemplos do emprego do reconhecimento facial por empresas majestáticas, a saber,

“Antigamente, a Amazon incentivava o uso do seu serviço de reconhecimento facial baseado em nuvem, chamado Rekognition, por parte dos órgãos de aplicação da lei. No entanto, em uma postagem no blog da empresa em junho de 2020, a Amazon anunciou que estava planejando uma moratória de um ano no uso de sua tecnologia por parte da polícia. A razão por trás disso foi aguardar até que as leis federais dos EUA entrassem em vigor, para proteger os direitos humanos e a liberdade civil.

A Apple usa o reconhecimento facial para ajudar os usuários a desbloquear rapidamente seus telefones, fazer login em aplicativos e realizar compras.

A British Airways usa o reconhecimento facial para os passageiros embarcarem nos voos saindo dos EUA. É possível fazer a leitura facial dos passageiros e, conseqüentemente, verificar a identidade deles, usando uma câmara a bordo do avião sem que precisem mostrar o passaporte ou o cartão de embarque. A companhia aérea tem usado a tecnologia em voos dentro do Reino Unido saídos do aeroporto de Heathrow e está trabalhando para adotar o embarque biométrico em voos internacionais.

A Cigna, uma seguradora de saúde dos EUA, permite que os clientes na China emitam pedidos de seguro saúde onde a assinatura é uma foto, em vez de escrita, na tentativa de reduzir o número de fraudes.

A Coca-Cola tem usado o reconhecimento facial de várias formas no mundo todo. Entre os exemplos estão a recompensa de clientes que reciclam em algumas das máquinas de venda automática na China anúncios personalizados em máquinas de venda automática na Austrália e marketing de eventos em Israel.

O *Facebook* (Meta) começou a usar o reconhecimento facial nos EUA em 2010, quando marcava automaticamente pessoas nas fotos usando sua ferramenta de sugestão de marcação. A ferramenta faz a leitura facial de um usuário e oferece sugestões de quem essa pessoa é. Desde 2019, o Facebook tornou o recurso opcional como parte de um mecanismo mais focado na privacidade. Mais informações do *Facebook* (Meta) sobre como aceitar ou recusar o reconhecimento facial podem ser encontradas aqui.

O Google incorpora a tecnologia no Google Fotos e a utiliza para classificar as imagens e marcá-las automaticamente com base nas pessoas reconhecidas.

A MAC make-up usa a tecnologia de reconhecimento facial em algumas de suas lojas físicas, permitindo que os clientes praticamente “experimentem” a maquiagem com o uso de espelhos de realidade aumentada da loja.

O McDonald’s usa o reconhecimento facial em seus restaurantes no Japão para avaliar a qualidade do atendimento ao cliente, incluindo se seus funcionários estão sorrindo enquanto atendem.

O Snapchat é um dos pioneiros no uso de software de reconhecimento facial: com ele, marcas e organizações podem criar filtros que moldam o rosto do usuário; ou seja, filtros de cachorrinho e coroa de flores podem ser vistos na rede social.”

O conceito de "sistema de reconhecimento de emoções" define-se como um sistema de IA concebido para identificar ou inferir emoções ou intenções de pessoas naturais com base em seus dados biométricos.

O conceito encerra, como sói dizer-se, emoções ou intenções como a felicidade, a tristeza, a raiva, a surpresa, a repugnância, o embaraço, o entusiasmo, a vergonha, o desprezo, a satisfação e o divertimento.

O conceito, na acepção de que se trata, não inclui estados físicos, como dor ou fadiga; não se refere, v.g., aos sistemas adoptados para detectar o estado de fadiga dos pilotos ou motoristas profissionais em ordem à prevenção de acidentes.

Não inclui de análogo modo a mera detecção de expressões, gestos ou movimentos rapidamente visíveis, a menos que sejam utilizados para identificar ou inferir emoções.

Tais expressões podem ser designadamente gestos faciais básicos, como franzir a testa ou sorrir, ou gestos como o movimento das mãos, dos braços ou da cabeça, ou características da voz de uma pessoa, por exemplo, ao levantar a voz ou sussurrar.

O sistema de reconhecimento de emoções de pessoa natural no local de trabalho como nas instituições de ensino por virtude de comportar um risco inaceitável, como as excepções que se aduzem, proibido se acha, de harmonia com o que prescreve o Regulamento Europeu na alínea e) do n.º 1 do seu artigo 5.º

1.3. Categorização biométrica para classificação individual de pessoas naturais com base em dados biométricos

O conceito de ‘dados biométricos’ já o recortámos *supra* (em 3.1.).

O conceito de ‘sistema de categorização biométrica’ define-se como a atribuição ou a afectação de pessoas naturais a categorias específicas com base nos seus dados biométricos.

Tais categorias específicas são susceptíveis de convir a determinados características como sexo, idade, cor do cabelo, cor dos olhos, tatuagens, traços comportamentais ou de personalidade, língua, religião, pertença a uma minoria nacional, orientação sexual ou política.

Tal não abrange, como o pretende o Regulamento, os sistemas de categorização biométrica que se traduzam em um elemento meramente acessório intrinsecamente ligado a um outro serviço comercial, o que significa que o elemento não pode, por razões técnicas objectivas, ser utilizado por si só, sem o serviço principal e a integração desse elemento ou funcionalidade não constitui um meio para contornar a aplicabilidade das regras ora constantes do normativo de que se trata.

Por exemplo, os filtros que categorizam as características faciais ou corporais utilizadas nos mercados em linha poderão constituir um desses elementos acessórios, uma vez que só podem ser utilizados associados ao serviço principal que consiste em vender um produto, ao facultarem ao consumidor a possibilidade de se pré-visualizar a usar o produto e ajudando-o a tomar uma decisão de compra. Os filtros utilizados nos serviços de redes sociais em linha que categorizam características faciais ou corporais para permitir que os utilizadores acrescentem ou alterem

imagens ou vídeos também poderão ser considerados elementos acessórios, uma vez que tais filtros não podem ser utilizados sem o serviço principal dos serviços da rede social, que consiste na partilha de conteúdos em linha.

Deverão ser proibidos os sistemas de categorização biométrica baseados em dados biométricos de pessoas naturais, como o rosto ou as impressões digitais, para deduzir ou inferir as suas opiniões políticas, a filiação sindical, as convicções religiosas ou filosóficas, a raça, a vida sexual ou a orientação sexual de uma pessoa.

Tal proibição, no entanto, não deverá abranger a rotulagem legal, a filtragem ou a categorização de conjuntos de dados biométricos adquiridos em conformidade com o direito da União ou o direito nacional em função dos dados biométricos, como a triagem de imagens em função da cor do cabelo ou da cor dos olhos, que podem, por exemplo, ser utilizadas no domínio da manutenção da ordem pública, sempre que por lei permitida.

1.4. Identificação biométrica à distância em "tempo real" em espaços acessíveis ao público para efeitos de manutenção da ordem pública

O conceito de "identificação biométrica" define-se como o reconhecimento automatizado de características humanas físicas, fisiológicas e comportamentais, tais como o rosto, o movimento dos olhos, a forma do corpo, a voz, a pronúncia, a marcha, a postura, a frequência cardíaca, a pressão arterial, o odor, as características da digitação, com o objectivo de verificar a identidade de uma pessoa comparando os dados biométricos dessa pessoa com dados biométricos de pessoas armazenados numa base de dados de referência, independentemente de a pessoa ter ou não dado consentimento prévio para o efeito..

Estão excluídos os sistemas de IA concebidos para verificação biométrica, o que inclui a autenticação, cujo único objectivo seja o de confirmar que uma dada pessoa singular específica é quem afirma ser, e confirmar a sua identidade com o único objectivo de ter acesso a um serviço, desbloquear um dispositivo ou ter acesso de segurança a um determinado local.

Sistemas de identificação biométrica à distância em "tempo real" em espaços acessíveis ao público ⁵ para efeitos de manutenção da ordem pública, a menos e na medida em que essa utilização seja estritamente necessária para um dos seguintes fins:

⁵ De harmonia com o Regulamento Europeu, há que explicitar de modo expresso o conceito de “espaço acessível ao público”, inerente à norma *sub judice*.

O entendimento do que seja "espaço acessível ao público" constrói-se a partir da noção de um qualquer espaço físico acessível a um número indeterminado de pessoas naturais e independentemente de um tal espaço ser detido por entidade pública ou privada, sem curar de saber da actividade para a qual se destine: por exemplo, comércio (designadamente lojas, estabelecimentos mercantis, centros comerciais, superfícies comerciais, micro, mini, super e hipermercados), serviços (designadamente instituições de crédito, sociedades financeiras, companhias de seguros, actividades desenvolvidas por profissionais liberais, serviços públicos fisicamente disponíveis ao público em geral), actividades de hotelaria e restauração, snacks, cafetarias, actividades desportivas (designadamente piscinas, ginásios, estádios), transportes (designadamente estações de autocarros, metropolitanos e gares ferroviárias, aeroportos, meios de transporte), entretenimento (designadamente cinemas, teatros, museus, salas de concertos e salas de conferências), lazer ou outros (designadamente estradas, praças, parques, florestas ou parques infantis públicos).

- i) busca selectiva de vítimas específicas de rapto, tráfico de seres humanos ou exploração sexual de seres humanos, bem como a busca de pessoas desaparecidas;
- ii) prevenção de uma ameaça específica, substancial e iminente à vida ou à segurança física de pessoas singulares ou de uma ameaça real e actual ou real e previsível de um ataque terrorista;
- iii) a localização ou identificação de uma pessoa suspeita de ter cometido uma infracção penal, para efeitos da realização de uma investigação criminal, instauração de acção penal ou execução de uma sanção penal por alguma das infracções referidas no anexo II e puníveis no Estado-Membro em causa com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração máxima não inferior a quatro anos ⁶.

A identificação biométrica à distância em tempo real pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei estaria sujeita a autorização prévia de uma autoridade judicial ou administrativa independente cuja decisão seja vinculativa. Em caso de urgência, a autorização pode ser

Um local também deverá ser classificado como acessível ao público se, independentemente das eventuais restrições de capacidade ou de segurança, o acesso estiver sujeito a condições predeterminadas, susceptíveis de ser preenchidas por um número indeterminado de pessoas, tais como a compra de um bilhete ou título de transporte, a inscrição prévia ou restrito a uma determinada idade.

Em contrapartida, um local não deverá ser considerado acessível ao público se o acesso for limitado a pessoas naturais específicas e definidas, seja nos termos do direito da União ou do direito nacional directamente imbricado na segurança pública ou por manifestação clara da vontade de quem exerça a autoridade pertinente no local.

Outros espaços podem ser compostos por zonas não acessíveis ao público e por outras acessíveis ao público, tais como um corredor de um edifício residencial privado necessário para aceder a um gabinete médico ou a um aeroporto.

Os espaços em linha também não são abrangidos, uma vez que não são espaços físicos. Para determinar se um espaço é acessível ao público deverá recorrer-se a uma análise casuística, tendo em conta as especificidades da situação em apreço.

As instalações de empresas e fábricas, bem como os escritórios e os locais de trabalho a que se pretende que apenas os trabalhadores e prestadores de serviços pertinentes tenham acesso, são espaços não acessíveis ao público.

Os espaços acessíveis ao público não deverão incluir nem estabelecimentos de reclusão nem zonas de controlo fronteiriço.

A possibilidade factual de acesso por si só (como uma porta destrancada ou um portão aberto numa vedação) não implica que o espaço seja acessível ao público na presença de indicações ou circunstâncias que sugiram o contrário (como sinais que proibam ou restrinjam o acesso).

⁶ A lista de 16 crimes inclui:

- o Terrorismo;
- o Tráfico de seres humanos;
- o Exploração sexual de crianças e material pedopornográfico;
- o Tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas;
- o Tráfico de armas, munições e explosivos;
- o Homicídio voluntário;
- o Ofensas corporais graves;
- o Tráfico de órgãos e de tecidos humanos;
- o Tráfico de materiais nucleares e radioactivos;
- o Rapto, sequestro e tomada de reféns;
- o Crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional;
- o Desvio de aeronaves ou navios;
- o Violação;
- o Criminalidade ambiental;
- o Roubo organizado ou à mão armada;
- o Sabotagem, participação numa organização criminosa envolvida num ou vários crimes acima enumerados.

concedida no prazo de 24 horas; se a autorização for rejeitada, todos os dados e resultados têm de ser apagados.

Teria de ser precedida de uma avaliação de impacto sobre os direitos fundamentais e notificada à autoridade de fiscalização do mercado competente e à autoridade de protecção de dados.

Em caso de urgência, a utilização do sistema pode ser iniciada sem o registo.

A utilização de sistemas de IA para a identificação biométrica à distância em diferido (identificação de pessoas em material vídeo previamente recolhido) de pessoas sob investigação exige autorização prévia de uma autoridade judicial ou de uma autoridade administrativa independente e a notificação da autoridade de protecção de dados e da autoridade de fiscalização do mercado.

III

RISCO ELEVADO

PRÁTICAS ESTRITAMENTE REGULAMENTADAS

1. Definição

Em paralelo com uma definição clara do conceito de «risco elevado», o Regulamento estabelece uma metodologia eficaz para ajudar a identificar tais sistemas ante o quadro jurídico estabelecido: o objectivo é o de proporcionar segurança jurídica às empresas e aos demais operadores.

A classificação de risco baseia-se na finalidade prevista do sistema de IA, em consonância com a legislação da UE vigente em matéria de segurança dos produtos: tal significa que a classificação de risco depende da função que o sistema de IA desempenha e das finalidades e modalidades específicas em que é empregue.

Em anexo (III) ao regulamento figura uma lista de sistemas considerados como de risco elevado.

A Comissão assegurará a actualização de uma tal lista, que não é, pois, nem exaustiva nem imune aos progressos (...) ou à evolução que entretanto se registar.

Os sistemas constantes da lista de risco elevado que executam tarefas processuais restritas, melhoram o resultado de actividades humanas anteriores, não influenciam decisões humanas ou realizam tarefas puramente preparatórias... não são considerados, pois, de risco elevado.

Todavia, convém reter que um sistema de IA deve ser sempre considerado de risco elevado se definir perfis de pessoas naturais (ou físicas).

Antes de colocarem sistemas de inteligência artificial de risco elevado no mercado da UE ou de os disporem ao seu serviço, os fornecedores terão de os sujeitar a uma avaliação da

conformidade. Tal permitir-lhes-á revelar que os sistemas cumprem os requisitos obrigatórios para uma inteligência artificial fiável (v. g., qualidade dos dados, disponibilidade de documentação e rastreabilidade, transparência, supervisão humana, exactidão, ciber-segurança e solidez): avaliação que tem de ser repetida se o sistema ou a sua finalidade forem substancialmente alterados.

A título de exemplo, refira-se que os sistemas de inteligência artificial que sejam componentes de segurança de produtos abrangidos por legislação sectorial da União serão considerados de risco elevado sempre que se destinem a servir de suporte a

- o Certas infra-estruturas críticas, por exemplo, nos sectores do tráfego rodoviário e do abastecimento de água, gás, aquecimento e electricidade;
- o Educação e formação profissional, por exemplo, para avaliar os resultados da aprendizagem, orientar o seu processo e acompanhar a fraude;
- o Emprego, gestão dos trabalhadores e acesso ao trabalho por conta própria, por exemplo, para colocar anúncios de emprego específicos, analisar e filtrar candidaturas de emprego e avaliar candidatos;
- o Acesso a serviços e benefícios públicos e privados essenciais (por exemplo, cuidados de saúde), avaliação da capacidade de endividamento de pessoas singulares e avaliação dos riscos e fixação de preços em relação a seguros de vida e de saúde;
- o Certos sistemas usados nos domínios da aplicação da lei, do controlo das fronteiras, da administração da justiça e dos processos democráticos.
- o Avaliação e classificação das chamadas de emergência;
- o Identificação biométrica, categorização biométrica e reconhecimento de emoções (excepto as categorias proibidas);
- o Os sistemas de recomendação de plataformas em linha de muito grande dimensão não estão incluídos, uma vez que se acham já abrangidos pelo Reg.to de Serviços Digitais, ou seja, o Regulamento 2022/2065, de 19 de Outubro de 2022

Ante os Sistemas de IA componentes da segurança de produtos ou eles mesmo como produtos na categoria de risco elevado, citem-se como frisantes exemplos com que, de resto, nos confrontamos no quotidiano:

Máquinas, brinquedos, ascensores, aparelhos e sistemas de protecção destinados a ser utilizados em atmosferas potencialmente explosivas, equipamentos de rádio, equipamentos sob pressão, equipamentos para embarcações de recreio, instalações por cabo, aparelhos de combustão de combustíveis gasosos, dispositivos médicos e dispositivos médicos para diagnóstico *in vitro*.

Devem estar sujeitos a avaliação da conformidade por terceiros por força da legislação sectorial. A avaliação da conformidade por terceiros é igualmente obrigatória para todos os sistemas biométricos.

Os fornecedores de sistemas de inteligência artificial de risco elevado terão também de pôr em prática sistemas de gestão da qualidade e dos riscos que garantam a sua conformidade com os novos requisitos e minimizem os riscos para os utilizadores e as pessoas afectadas, mesmo após a colocação do produto em causa no mercado.

Os sistemas de IA de risco elevado implantados por autoridades públicas ou entidades que actuam em seu nome terão de ser registados numa base de dados pública da UE, salvo se forem utilizados para fins de aplicação da lei e migração. Estes últimos terão de ser registados numa parte não pública da base de dados, a qual só será acessível às competentes autoridades de controlo.

As autoridades de fiscalização do mercado apoiarão o acompanhamento pós-comercialização, realizando auditorias e proporcionando aos fornecedores a possibilidade de comunicarem incidentes graves ou violações das obrigações em matéria de direitos fundamentais de que tenham conhecimento.

Qualquer autoridade que opere funcionalmente na fiscalização do mercado pode autorizar a colocação no mercado de IA de risco elevado específica por motivos excepcionais.

Os requisitos permitirão que, em caso de infracção, as autoridades nacionais acedam às informações necessárias por forma a investigar se a utilização do sistema de inteligência artificial observou estritamente os ditames da lei.

2. Modalidades

Num dos anexos do Regulamento (o III), como se registou, se compendiam os sistemas de Inteligência Artificial classificados como de ‘Risco Elevado’ ante as características de que se revestem, tal como emergem do n.º 2 do seu artigo 6.º:

Ei-los:

2.1. Dados biométricos cujo emprego se permita ao abrigo do direito da União ou do ordenamento pátrio aplicável:

- (i) Sistemas de identificação biométrica à distância (em que se não incluem os sistemas de IA concebidos em ordem à verificação biométrica com o único propósito de confirmar que uma determinada pessoa singular é quem alega ser;
- (ii) Sistemas de IA concebidos de molde a que se afira a categorização biométrica, de acordo com atributos ou características sensíveis ou protegidos com base na inferência de tais atributos ou características;
- (iii) Sistemas de IA concebidos em ordem ao reconhecimento de emoções.

2.2. Infra-estruturas críticas:

- (i) Sistemas de IA concebidos de molde a utilizarem-se como componentes de segurança na gestão e no controlo de infra-estruturas digitais críticas, do trânsito rodoviário ou das redes de abastecimento de água, gás, aquecimento ou electricidade.

2.3. Educação e formação profissional:

Sistemas de IA concebidos em ordem a

- (i) Determinar o acesso ou a admissão ou a afectação de pessoas singulares a instituições de ensino e de formação profissional de todos os níveis;
- (ii) Avaliar os resultados da aprendizagem, nomeadamente quando tais resultados se usam para orientar o processo de aprendizagem de pessoas singulares em instituições de ensino e de formação profissional de todos os níveis;
- (iii) Avaliar o nível de educação adequado que as pessoas receberão ou a que poderão ter acesso no contexto de instituições de ensino e formação profissional ou a tais instituições;
- (iv) O controlo e detecção de práticas proibidas por parte de estudantes durante os testes no contexto de instituições de ensino e formação profissional ou em tais instituições.

2.4. Emprego, gestão de trabalhadores e acesso ao emprego por conta própria:

- (i) Sistemas de IA concebidos por forma a que se empreguem no recrutamento ou na selecção de pessoas singulares, em especial para colocação de anúncios de emprego direccionados, análise e triagem de candidaturas a ofertas de emprego e avaliação dos candidatos;
- (ii) Sistemas de IA concebidos de molde a tomarem decisões que afectem os termos das relações de trabalho, a promoção ou a cessação das relações contratuais de trabalho, na atribuição de tarefas com base em comportamentos individuais, traços ou características pessoais, ou no controlo e avaliação do desempenho e da conduta de pessoas que são partes em tais relações.

2.5. Acesso a serviços públicos ou privados essenciais e a prestações públicas de análoga natureza, bem como o seu desfrute:

- (i) Sistemas de IA concebidos para ser empregues por autoridades públicas, ou em seu nome, para avaliar a elegibilidade de pessoas singulares no acesso a prestações e serviços de assistência pública essenciais, incluindo cuidados de saúde, bem como para conceder, reduzir, revogar ou recuperar o acesso a tais prestações e serviços;
- (ii) Sistemas de IA concebidos para ser empregues na avaliação da solvabilidade de pessoas singulares ou no estabelecimento da sua classificação de crédito, com excepção dos sistemas de IA para efeitos de detecção de fraude financeira;

- (iii) Sistemas de IA concebidos para ser empregues nas avaliações de risco e na fixação de preços em relação a pessoas singulares no caso de seguros de vida e de saúde;
- (iv) Sistemas de IA concebidos para avaliação e classificação de chamadas de emergência efectuadas por pessoas singulares ou para serem usados no envio, ou no estabelecimento de prioridades no envio, de serviços de primeira resposta a emergências, incluindo polícia, bombeiros e assistência médica, bem como sistemas de triagem de pacientes dos sistemas de cuidados de saúde de emergência;

2.6. Manutenção da ordem pública, na medida em que a sua utilização se permita, nos termos do direito da União ou do direito nacional aplicável:

Em causa sistemas de IA concebidos para utilização por autoridades a quem incumba a aplicação da lei, ou em seu nome, ou por instituições, órgãos ou organismos da União Europeia (ou em apoio de tais autoridades)

- (i) para avaliação do risco de uma pessoa singular poder vir a ser vítima de uma qualquer infracção penal;
- (ii) como polígrafos ou instrumentos semelhantes;
- (iii) para avaliação da fiabilidade dos elementos de prova no decurso de uma investigação ou de acção penal relativa a infracções de uma tal natureza;
- (iv) para avaliação da probabilidade de uma pessoa singular cometer uma infracção penal ou reincidir não exclusivamente com base na definição de perfis de pessoas singulares (nota) (nota: na acepção do artigo 3.º, ponto 4, da Directiva (UE) 2016/680), ou para avaliação dos traços e características de personalidade ou do comportamento criminal pretérito tanto de pessoas singulares como de grupos;
- (v) para definição do perfil de pessoas singulares na acepção a que se alude precedentemente, no decurso da detecção, investigação ou acção relativa a uma qualquer infracção penal.

2.7. Gestão da migração, do asilo e do controlo das fronteiras, na medida em que a sua utilização se permita nos termos do direito da União ou do direito nacional aplicável:

Especificamente, sistemas de IA concebidos para ser empregues por autoridades públicas competentes (ou em seu nome, ou por instituições, órgãos ou organismos da União),

- (i) como polígrafos e instrumentos semelhantes;
- (ii) para avaliação dos riscos, incluindo um risco para a segurança, um risco de migração irregular ou um risco para a saúde, que uma pessoa singular que pretenda entrar ou tenha entrado no território de um Estado-Membro represente;
- (iii) para auxiliar as autoridades públicas competentes na análise de pedidos de asilo, de visto e de autorização de residência e das queixas conexas, no que toca à elegibilidade das pessoas singulares que requerem determinado estatuto, nomeadamente nas avaliações conexas da fiabilidade dos elementos de prova;
- (iv) no contexto da gestão da migração, do asilo ou do controlo das fronteiras, para efeitos de detecção, reconhecimento ou identificação de pessoas singulares, com excepção da verificação de documentos de viagem.

2.8. Administração da justiça e processos democráticos:

Sistemas de IA concebidos para ser empregues

- (i) Por uma autoridade judiciária, ou em seu nome, para auxiliar uma tal autoridade na investigação e na interpretação de factos e do direito, bem como na aplicação da lei a um conjunto específico de factos, ou de forma similar na resolução alternativa de litígios;
- (ii) Para influenciar o resultado de uma eleição ou referendo ou o comportamento eleitoral de pessoas singulares no exercício do seu direito de voto em eleições ou referendos: neles não se incluem os sistemas de IA a cujos resultados as pessoas singulares não estejam directamente expostas, como as ferramentas utilizadas para organizar, otimizar e estruturar campanhas políticas do ponto de vista administrativo e logístico.

3. Breve análise de dados sistemas incluídos nos de risco elevado

Neste particular, contemplemos só – e tão só – os sistemas que se socorrem dos dados biométricos, tendo em vista uma análise breve, perfunctória, dada a extensão dos temas neste passo imbricados.

O Regulamento considera, com efeito, como de risco elevado, os sistemas assentes em dados biométricos cujo emprego se consinta, ao abrigo do direito da União ou do ordenamento pátrio aplicável, com exclusão obviamente dos que figuram no *índice* porque proscritos.

E nesse passo figuram os sistemas:

- de identificação biométrica à distância, com uma exclusão, a saber, a dos sistemas que se concebem com o único propósito de confirmar que uma dada pessoa natural é, de facto, quem alega ser;
- cuja concepção permita aferir a categorização biométrica, de acordo com atributos ou características sensíveis ou protegidos com base na sua inferência;
- cujo modelo permita o reconhecimento de emoções.

A biometria permite que uma pessoa natural seja identificada e autenticada com base em dados reconhecíveis, verificáveis, únicos e específicos.

Autenticação biométrica compara os dados das características da pessoa natural com o "modelo" biométrico de uma tal pessoa para determinar a sua verosimilhança.

O modelo de referência é previamente colectado.

Os dados recopilados são então comparados com os dados biométricos da pessoa alvo ou sujeita a autenticação.

A identificação biométrica consiste, por seu turno, em determinar a identidade de uma pessoa natural (ou física, se se pretender).

O objectivo é o de “capturar” um dado biométrico de uma tal pessoa: pode ser, *v.g.*, uma foto do rosto, uma gravação da voz ou uma imagem da impressão digital.

Estes dados são então comparados com os dados biométricos de várias outras pessoas mantidos numa base de dados.

Daí que se revista de peculiares cautelas para que os sistemas de risco elevado, como no caso, não atentem contra os direitos plasmados na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Esse é o magno objectivo consubstanciado, de resto, no Regulamento a cuja análise parcial se vem de proceder, circunscrita aos restritos temas em debate sobre que se intentou fazer luz.

BIBLIOGRAFIA

AI HLEG - High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. A Definition of Artificial Intelligence: Main Capabilities and Scientific Disciplines. Brussels. 2019. Disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>.

BRADFORD, Anu. The Brussels effect: how the European Union rules the world. New York: Oxford University Press, 2020. Kindle edition.

CDEI – Centre for Data Ethics and Innovation. The European Commission's artificial intelligence act highlights the need for an effective AI assurance ecosystem. 2021. Disponível em: <https://cdei.blog.gov.uk/2021/05/11/the-european-commissions-artificial-intelligence-act-highlights-the-need-for-an-effective-ai-assurance-ecosystem/>.

CURZON, James; et al. "Privacy and Artificial Intelligence. IEEE Transactions on Artificial Intelligence 2.2, 2021. p. 96-108. Disponível em:

<https://ieeexplore-ieee-org.ez433.periodicos.capes.gov.br/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=9450036>.

EBERS, Martin. Standardizing AI-The Case of the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act. The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3900378.

EUROPEAN COMMISSION. Ethics guidelines for trustworthy AI. 2019. Disponível em:

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

EUROPEAN COMMISSION. Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts. Brussels. 2021. Disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

EUROPEAN COMMISSION. White paper on artificial intelligence: a European approach to excellence and trust. Brussels. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en.

FLORIDI, Luciano. The European Legislation on AI: A brief analysis of its philosophical approach. Philosophy & Technology, v. 34, n. 2, p. 215-222, 2021. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-021-00460-9>.

FOTA, Mário. “A disciplina da inteligência artificial in itinere na União Europeia”, in “Revista Judiciária do Paraná, editora Bonijuris, Curitiba, n.º 27, Set-Out-Nov-2023, pp. 136-150

“O marco europeu da Inteligência Artificial e as precauções no domínio dos riscos proscritos”, in “Revista Judiciária do Paraná, editora Bonijuris, Curitiba, n.º 30 (no prelo)

KAAL, Wulf A. Dynamic regulation for innovation. Perspectives in Law, Business & Innovation (Mark Fenwick, Wulf A. Kaal, Toshiyuki Kono & Erik PM Vermeulen eds.). New York Springer (2016), U of St. Thomas (Minnesota) Legal Studies Research Paper n. 16-22, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831040.

KOP, Mauritz. EU Artificial Intelligence Act: The European Approach to AI. Transatlantic antitrust and IPR Developments, 2021. Disponível em:

<https://law.stanford.edu/publications/eu-artificial-intelligence-act-the-european-approach-to-ai/>.

MÖKANDER, Jakob et al. Conformity assessments and post-market monitoring: a guide to the role of auditing in the proposed European AI regulation. *Minds and Machines*, v. 32, n. 2, p. 241-268, 2022. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-021-09577-4>.

MÖKANDER, Jakob et al. Conformity assessments and post-market monitoring: a guide to the role of auditing in the proposed European AI regulation. *Minds and Machines*, v. 32, n. 2, p. 241-268, 2022. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-021-09577-4>.

NWAFOR, Ifeoma Elizabeth. AI ethical bias: a case for AI vigilantism (Ailantism) in shaping the regulation of AI. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 29, n. 3, p. 225-240, 2021. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijlit/article/29/3/225/6389717?login=true>.

REJMANIAK, Rafal. Bias in Artificial Intelligence Systems. *Bialostockie Studia Prawnicze*, v. 26, p. 25, 2021. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/bialspw26&div=36&id=&page=>.

ROSALINO, Helder, O impacto regulatório da IS: uma análise do AI Act no contexto financeiro europeu, in “Espresso”, Lisboa, 12 de abril de 2024, p. 29

SAYEG, Rodrigo, Regulamentação da IA para aproveitar as oportunidades oferecidas pela sociedade de dados: o exemplo da União Europeia, *Diário de São Paulo*, 29 de Abril de 2024, p. 10

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro Avelino. Marco Europeo para una inteligencia artificial basada en las personas. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 65-78, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/sanchezbravov1n1/262>.

TEUBNER, Gunther. Das regulatorische Trilemma: Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 13, n. 1, p. 109-149, 1984. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/13/0112.pdf>.

UFERT, Fabienne. AI regulation through the lens of fundamental rights: How well does the GDPR address the challenges posed by AI? *European Papers-A Journal on Law and Integration*, v. 2020, n. 2, p. 1087-1097, 2020. Disponível em: <https://www.europeanpapers.eu/it/europeanforum/ai-regulation-through-the-lens-of-fundamental-rights>.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y NUEVAS TECNOLOGIAS: PROTECCIÓN DE DATOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Margarita Orozco González
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Murcia

Guillermo Orozco Pardo
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Granada

RESUMEN

La clásica materia del régimen – o regímenes – de la responsabilidad civil afronta nuevos reto en el contexto del mercado digital y, en general, las nuevas tecnologías, en lo que respecta a la tutela de los intereses de los consumidores/usuarios de estas, lo que exige una revisión de la institución en aras a dilucidar su encaje en dicho contexto. Así, especialmente, en la era del Big Data y la Inteligencia Artificial, surgen dudas interpretativas a la hora de determinar la imputación de responsabilidad civil por daños, haciéndose imprescindible el estudio de las categorías clásicas buscando su aplicación a la realidad actual.

Palabras Clave: Privacidad; Protección de datos; Inteligencia Artificial; Derecho de daños; Responsabilidad civil.

ABSTRACT

The classical subject of civil liability law - or civil liability law - is facing new challenges in the context of the digital market and, more generally, new technologies, as regards the protection of the interests of consumers/users of these, This requires a review of the institution in order to clarify its place in such a context. Thus, especially in the era of Big Data and Artificial Intelligence, interpretative doubts arise when determining the allocation of civil liability for damage, making it essential to study the classic categories looking for their application to current reality.

Keywords: Privacy; Data protection; Artificial Intelligence; Tort law; Injury law; Civil liability.

INTRODUCCIÓN Y PLATEAMIENTO

Estamos, sin duda, ante la “IV Revolución Industrial”, caracterizada por un mercado digital de bienes y servicios en el que la “información” es a la vez mercancía e

instrumento de poder y los sistemas de Inteligencia Artificial – los robots y algoritmos – son utilizados por los Estados y las grandes empresas y corporaciones de forma masiva¹. Las pautas de comportamiento de los consumidores, merced a esta transformación digital del mercado, han hecho preciso consagrar una nueva categoría de derechos – los derechos digitales – conectados con bienes jurídicos tan relevantes como la privacidad, la libertad, la salud o la seguridad de las personas². Este impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la inteligencia artificial supone un desafío para las distintas áreas del Derecho que deben dar respuesta a esas demandas, creando incluso nuevas ramas” del ordenamiento jurídico” – el llamado “Derecho Digital”³ – para evitar que tal fenómeno suponga la vulneración de los derechos fundamentales de la ciudadanía y cambios en los sistemas de poder de las democracias occidentales⁴.

Ello no obstante, el “exceso regulatorio” también puede ser un problema más que una solución y ha de abordarse la tarea normativa teniendo presente la interconexión de los distintos sectores, tal y como sucede en este caso entre la protección de datos y la inteligencia artificial⁵. En las siguientes líneas, haremos un análisis del concepto y las “funciones” actuales de la responsabilidad civil, no solo como fundamento de un derecho a la reparación, ni un mero mecanismo pasivo de respuesta al daño, sino como un medio proactivo de disciplina y solidaridad social especialmente necesario en el contexto de la muy probable evolución derivada de las demandas antes enunciadas a las que el Derecho debe dar cumplida respuesta.

1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCEPCIÓN ACTUAL

El llamado “Derecho de daños” abarca hoy una diversidad de supuestos que nuestro Código Civil no pudo prever en el momento de su aprobación y, sin embargo, sigue aportando los principios/mandatos y los criterios/valores para abordar la compleja

1 Vid. Balaguer Callejón, F.: “La constitución del algoritmo”. Zaragoza, segunda edición de 2023

2 Vid. Gallego Torres, A.: “Derecho del consumidor en la Unión Europea. Transformación digital transición ecológica”, Revista El Notario del Siglo XXI, número 105, página 148 y siguientes.

3 Vid. Barrio Andrés, M. “Manual de Derecho digital”. Madrid, 3ª edición de 2024.

4 Vid. Debasa, F., Cippitani, R. y Torres Assiego, C.: “Inteligencia Artificial y modernización jurídica y social”. En la obra: “Inteligencia Artificial e plataformas digitais nas relações de trabalho”. .AM2 editora, Brasil, página 77 y siguientes.

5 Vid. Peralta Gutiérrez, A. y Torres López, L.: “Marco normativo de la inteligencia artificial en el ámbito comparado”. En la obra: “El derecho y la inteligencia artificial”. Granada, 2022, páginas 189 y siguientes.

problemática que, en este caso, está referida a la responsabilidad civil derivada de los daños que se deducen del tratamiento de datos personales, considerada como una “actividad de riesgo”. Nuestro Código civil recoge de una manera “bifronte” la Responsabilidad derivada de los incumplimientos contractuales – artículo 1101 y siguientes – que regulan el régimen general de la R.C. por el incumplimiento de las obligaciones con carácter subsidiario o supletorio al régimen de las leyes especiales (STS1ª 12/09/2008) y la llamada Responsabilidad civil extracontractual derivada de la culpa o negligencia, que supone una infracción del mandato “*naeminen laedere*”, recogida en los artículos 1902 y siguientes CC, que consagran un “reproche culpabilístico” por el incumplimiento de ese deber genérico de diligencia exigible en atención a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (STS 1ª 18/12/2019). Como consecuencia de la influencia del Common Law, se ha ido introduciendo un matiz “ejemplarizante” en nuestro sistema de RC, que ha dado lugar a la aplicación del concepto de los *daños punitivos*, apuntando así un matiz de “disciplina social” a lo que era un mero instrumento *resarcitorio*. No obstante, se ha de señalar, en el pronunciamiento del TJUE aquí analizado parece descartarse la posibilidad de su contemplación en el contexto de la indemnización en este ámbito, al señalarse que no contribuye a la finalidad resarcitoria que preside la obligación contemplada en la norma europea. De otra parte, si la RC era entendida como una consecuencia derivada “a posteriori” de un “ilícito civil” – infracción del deber genérico de diligencia – se ha ido consagrado como un “instrumento activo” al servicio del presunto perjudicado – el “derecho de indemnización” – que consagraron normas como la LORTAD ex artículo 17.6 – para supuestos de daño o lesión en sus bienes o derechos, norma que se mantiene en el artículo 19 de la posterior LO 15/1999 de protección de datos de carácter personal, tónica que cambiará con el RGPD 2016/679 y la consecuente LOPDGDD 3/2018, en relación con esta materia.

Por otra parte, podemos distinguir “*grosso modo*” la “obligación de medios”, propia de los contratos de servicios, y la “de resultado”, vinculada al contrato de obra. En la primera, el cumplimiento se mide en base a la diligencia del sujeto responsable en orden a la

6 Art. 17. 3. Los afectados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable del fichero, **sufran daño o lesión** en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados. 4. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas. 5. En el caso de los ficheros de titularidad privada la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

adopción de las reglas que disciplinan su “*Lex Artis ad hoc*”, según las circunstancias del caso concreto, por lo que el “acto profesional” ha de atenerse a los concimientos científicos, el manejo de las habilidades profesionales – saber concebir, saber hacer – y el respeto a los imperativos éticos y legales que disciplinan su actividad. En el segundo caso, se atiende al “resultado”, en relación con el objeto del contrato o actuación: es un parámetro puramente objetivo, que se mide por *reglas técnicas*, lo que “objetiviza” su responsabilidad. En este punto, conviene resaltar que nuestro Tribunal Supremo ha establecido que la obligación de las empresas de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos **no puede considerarse una obligación de resultado**, ya que no basta con diseñar los medios técnicos y organizativos necesarios, también es necesaria su correcta implantación y su utilización de forma apropiada, de modo que también responderán por la falta de diligencia en su utilización (STS 3ª 702 de 27/02/2023).

En este punto, la STS3ª 188/2022 de 15/12/2022 establece una “mixtura” que implica ese *plus* de responsabilidad: “La obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales no puede considerarse una obligación de resultado, que implique que producida una filtración de datos personales a un tercero exista responsabilidad con independencia de las medidas adoptadas y de la actividad desplegada por el responsable del fichero o del tratamiento”. Por tanto, en el caso de “obligaciones de resultado” existe un compromiso consistente en el cumplimiento de un determinado objetivo, asegurando el logro o resultado propuesto, en este caso garantizar la seguridad de los datos personales y la inexistencia de filtraciones o quiebras de seguridad. En las “obligaciones de medios”, en cambio, el compromiso que se adquiere es el de adoptar los medios técnicos y organizativos, así como desplegar una actividad diligente en su implantación y utilización que tienda a conseguir el resultado esperado con medios que razonablemente puedan calificarse de idóneos y suficientes para su consecución, por ello se las denomina obligaciones “de diligencia” o “de comportamiento”. La diferencia entre los citados conceptos radica en la responsabilidad en uno y otro caso. Mientras que en la obligación de resultado se responde ante un resultado lesivo por el fallo del sistema de seguridad, cualquiera que sea su causa y la diligencia utilizada, en la obligación de medios basta con establecer medidas técnicamente adecuadas e implantarlas y utilizarlas con una diligencia razonable. Es por ello que solo resultará exigible a los responsables y encargados del tratamiento la

adopción e implantación de medidas técnicas y organizativas que, conforme al “estado de la tecnología” y en relación con la naturaleza del tratamiento realizado y los datos personales en cuestión, permitan razonablemente evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. Ahora bien, en el caso concreto, el Tribunal llega a la conclusión de que las medidas adoptadas por la recurrente, como encargada del tratamiento, no fueron suficientes, ya que el programa utilizado no contenía ninguna medida de seguridad para comprobar si la dirección de correo electrónico era real o ficticia y si correspondía a la persona cuyos datos estaban siendo tratados. Como quiera que el “estado de la técnica”, en el momento de los hechos, permitía establecer medidas para comprobar la veracidad de la dirección de email y el hecho de que la filtración se produjera en última instancia por la actuación negligente de una empleada no exime a la empresa de su responsabilidad, por lo que confirma la sanción impuesta por la AEPD.

Actualmente se impone la tesis de un **único concepto de responsabilidad**, que se identifica con la idea de tener que cumplir una obligación o de compartir las consecuencias de esa conducta “ilícita”. Son los principios que inspiran una época en la que la tecnología, la contratación en masa, etc... han excedido con mucho los estrechos márgenes legales impuestos por el Código Civil y, en razón de ello, han de ser la doctrina y la jurisprudencia quienes desarrollen y modifiquen ese moderno Derecho de Daños; porque el Derecho debe dar respuestas adecuadas a esa ineludible necesidad de seguridad que los ciudadanos demandan, lo que ha llevado a consagrar nuevos principios en este campo, de prudencia, ponderación y proporcionalidad, y a tenor de ello, han perdido peso específico elementos tales como la culpa y la causalidad, en aras del principio “**pro dannato**”. En consecuencia, se afirma que “ya no hay que reparar porque existió antes una conducta reprochable, sino que hay que reparar **a secas**; que no se trata tanto de moralizar las conductas de los eventuales autores de los daños, como de asegurar las indemnizaciones a la víctimas...**la indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social**”. Efectivamente, la solidaridad social impone la necesidad de asegurar la indemnización antes que discernir los fundamentos subjetivos de la misma y ello se debe a que “se ha perdido aquella concepción mágica o teológica de la **mano de Dios** para ver por todas partes las manos de los hombres. No hay, pues, razón sólida que aconseje la resignación”⁷.

4-Vid. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L. “Derecho de daños”. Cívitas, Madrid, 2000.

Pero es que, además, cada vez se dan más supuestos en los que concurren conductas de varios sujetos, sin que pueda determinarse siempre con claridad quién fue el responsable directo del daño, en razón de ello se ha consagrado un **sistema de solidaridad** para tales casos, pues no cabe hacer una imputación adecuada. Así el empresario responde por los actos de su trabajador, la Administración por la de sus funcionarios, la sociedad por sus socios, independientemente de que quepa repetir después contra ellos, pues lo prioritario es **asegurar la reparación**. Por tanto, existen personas por quienes se ha de responder, según el imperativo del artículo 1903 CC y posteriormente cabe repetir contra ellas, conforme al 1904 CC. No se trata tanto de una **culpa compartida** ("in vigilando - in eligendo") cuanto de la necesidad de que la víctima no soporte sola las consecuencias del daño causado. Es por ello que la jurisprudencia se dirige contra todos los autores posibles: existe una pluralidad de obligaciones, cada una de ellas soportada por un sujeto diferente, pero con objeto idéntico, pues en todas ellas existe una misma obligación⁸. No obstante, ello no debe llevarnos a consecuencias extremas, pues acentuar el *rigor* de estos principios llevaría ineludiblemente a que nadie pudiera o quisiera realizar aquellas actividades susceptibles de un riesgo tal que hace desaparecer el benéfico previsible o la motivación para actuar. Para "equilibrar" esta situación, se consagra la teoría de la concurrencia de culpas o de causas, pues son supuestos en los que esta obligación de responder se mitiga o desaparece al mediar la conducta de la víctima: se ha de determinar si hay una causa decisiva y eficiente del resultado (STS 1ª 124 de 24/02/2017). Por tanto, se debe resarcir todo evento dañoso en el que no aparezca clara la razón por la cual la víctima deba soportarlo sola. Esta situación nos ha llevado a una **sociedad de seguros**, en la medida de todo el que realiza una actividad susceptible de crear un riesgo viene obligado a cubrir esa eventualidad mediante un contrato que lo prevenga, sea de seguro o de indemnidad, siendo éste muy frecuente en el tratamiento de datos.

2 REQUISITOS O PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ESPECIAL REFERENCIA AL DAÑO.

Haciendo una simplificación esquemática, podemos decir que para que se pueda hablar de responsabilidad es preciso que concurren tres **presupuestos**:

5- Cfr. STS 1ª 403 de 15/06/2016.

A - UN ACTO U OMISIÓN ILÍCITOS

Se trata de una conducta voluntaria por parte del sujeto que transgrede el mandato imperativo consagrado por la Ley: no dañar a nadie. Puede consistir en una conducta positiva, llevar a cabo un comportamiento, o bien omitir una actuación debida. No existe en el campo civil un "catálogo" de tipificación de conductas, como sucede en el Derecho Penal, sino que se parte de ese tipo ideal de conducta diligente que se espera de un ciudadano medio, por lo que la antijuridicidad no penal se funda en la transgresión del mandato genérico "alterum non laedere", sin que sea precisa la infracción de una norma jurídica concreta. No obstante, el Derecho consagra determinadas circunstancias en las cuales se elimina el presupuesto de antijuridicidad que eximen al autor del acto: la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio del propio derecho, cuando este no se haga de una forma abusiva. Por tanto, la "esencia de la culpa" consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso. Para delimitar esa "diligencia exigible" ha de atenderse al tipo de actividad de que se trate y a la "previsibilidad" del resultado, como presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del daño. Para ello debemos analizar si medió la conducta diligente que cabe esperar de una "persona normalmente razonable y sensata, perteneciente a la esfera técnica del caso" y, en este punto, debemos recordar que el artículo 5.2 RGPD establece una "responsabilidad proactiva" del responsable del tratamiento, en cuanto al cumplimiento de los principios de tratamiento de datos – y el respeto de los derechos del interesado – imponiéndole la "carga de la prueba", pues afirma que debe ser "capaz de demostrarlo" (Cfr. STS1ª 1200 de 16/12/2008).

B – EL DAÑO: CONCEPTO, VALORACIÓN Y NATURALEZA

Daño es el detrimento o destrucción en sus bienes que una persona sufre como consecuencia de cualquier evento, pero no se trata del lucro cesante que tiene un carácter futurible, el daño es una realidad actual, que implica una pérdida o disminución de carácter patrimonial o personal que se padece. Existe también un "daño moral" equivalente a un sufrimiento o erosión psíquica, que la persona puede sufrir en sus bienes o valores espirituales, sea por un ataque a sí mismo o a un tercero. Jurídicamente, daño es toda

perturbación o deterioro que una acción delictiva causa a las personas o a sus bienes, pero en el campo civil está referido al menoscabo, deterioro o perjuicio que no proviene de delito, pero que da lugar a la obligación de resarcir. Dentro de este concepto jurídico civil del daño caben distintas figuras, hemos de resaltar el de “daño emergente”, referido a la pérdida real y efectiva que sufre el patrimonio del lesionado y el llamado “daño negativo o lucro cesante”, que se refiere a la ganancia razonablemente esperable que deja de percibir como consecuencia del anterior. La distinción entre ambos tiene su origen en el Derecho Romano en el que, en un principio, la obligación del responsable del daño alcanzaba hasta el valor de la pérdida o minusvaloración ocasionada. Posteriormente, esta obligación se extendió también al lucro cesante o daño negativo. Para aclarar esta diferencia surge el concepto de daños y perjuicios, identificando el daño con la pérdida o detrimento real sufrido y el perjuicio con la ganancia, lucro o beneficio que se deja de percibir. En consecuencia, la expresión "daños y perjuicios" supone una duplicidad de conceptos que no siempre han de ir unidos, pues se puede ocasionar un daño real y efectivo sin que ello implique perjuicios inmediatos. Ambos pueden ser personales, sean corporales o morales, o bien de naturaleza patrimonial.

Por otra parte, el “daño moral” afecta a la esfera espiritual de la persona, por cuanto atenta contra aspectos, valores o bienes de la personalidad del sujeto afectado, tengan o no una realidad física. Consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico, un impacto emocional o espiritual que ocasiona impotencia, zozobra, ansiedad, pesadumbre, angustia, inseguridad o incertidumbre. Su origen lo encontramos en la clásica STS 1ª de 142 de 6/12/1912, que aplicó el artículo 1902 CC a un supuesto de intromisión ilegítima en el honor y la intimidad de unas personas por un diario. Dentro de este concepto, cabe distinguir:

a) “Daño directo”: está referido a la lesión que se opera de modo inmediato contra un bien inmaterial de la persona: honor, imagen, etc... En este campo, la L.O. de 5/5/82 presume que, si existe la intromisión, existe el daño, sin entrar en motivaciones o finalidades, pues la importancia de estos bienes jurídicamente protegidos y su relevancia social así lo imponen. Así la STS 1ª 92 de 11/2/92 entendió que el ataque al honor de una persona se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada, e incluso de la familia, como en el ámbito social externo y, por lo tanto, profesional, en que cada persona desarrolla su actividad. Este tipo de daños suelen causarse en los casos de lesión a la intimidad, honor,

etc., por vía de la relación entre informática y libertades⁹.

b) “Daño Indirecto”: se produce como consecuencia mediata de un daño material o personal: pérdida de la reputación crediticia, inseguridad económica como consecuencia de la inclusión ilícita en un fichero de “morosos” (STS1ª 946/2022 de 20/12/2022 y SAP Coruña Sec.4ª 318/2020 de 29/07/2020).

Este daño moral o "*pecunia doloris*" puede, a su vez, diferenciarse según se trate de un daño traducible en un interés económico, en cuyo caso el resarcimiento es fácil de llevar a cabo: la pérdida de prestigio y clientela profesional por haberse dado unos datos o informaciones erróneas sobre la solvencia económica de un profesional o comerciante (Cfr. STS 1ª 480/2022 de 24/11/2022 y 8/2023 de 1/11/ 2023). Más problemático es el caso en que ese daño moral no tiene una traducción o evaluación económica directa, pues en estos casos se consideró que estábamos más ante una pena que ante un resarcimiento¹⁰. Sin embargo, la moderna doctrina admite este "*pretium doloris*", pues si bien con el dinero no se puede devolver el bienestar moral anterior, si pueden, sin embargo, obtenerse con él nuevos goces que compensen aquellos que fueron arrebatados por la conducta injusta. Se trataría de, al menos, mitigar el dolor que el daño produce en el patrimonio moral de la persona, ya que este no puede restablecerse en su estado inicial. Todo ello deducimos que el concepto jurídico de daños y perjuicios es *plurisemántico*, pues posee una diversidad de proyecciones, sean personales o patrimoniales. Una vez probado el daño, sea incluso por presunción objetiva, surge la obligación de resarcir, con independencia de su importe, salvo que concurren circunstancias de exención, como las antes comentadas. La determinación de su cuantía esta encomendada a los Tribunales, quienes se valen de los medios adecuados al caso: tasación, precio, peritos, etc. (STS1ª 262/2015 de 27/5/2015).

Cuestión diferente es la determinación de los perjuicios sufridos, que han de probarse en su efectividad y cuantía, salvo supuestos de indemnizaciones pactadas

9 Vid. AAVVV.: El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital. Arroyo Amayuelas, E. y Cámara Lapuente, S. directores. Marcial Pons, Madrid, 2020.

10 La STS 4290/2015, de 23/10/2015, afirma que es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien entiende que deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica.

previamente por las partes. Técnicamente, la teoría de los daños y perjuicios tiene su aplicación principalmente en el campo del Derecho de obligaciones. Cuando se produce el incumplimiento, el Derecho reacciona contra el patrimonio del sujeto, con la finalidad de obtener de éste bienes suficientes para restaurar el desequilibrio patrimonial que su conducta ha ocasionado a la otra parte. Pero ello no se agota en este campo, dado que se ha extendido a otros supuestos en los cuales la conducta de una persona produce una perturbación en la esfera personal o una disminución en el patrimonio de otra. Ya de antiguo la Jurisprudencia ha afirmado que los preceptos legales que disciplinan el incumplimiento son de carácter general y aplicables a todo género de obligaciones (STS 19/12/1916).

En concreto, los daños y perjuicios pueden originarse a partir de diversos supuestos:

- a) De los incumplimientos contractuales (1115 CC).
- b) De la concurrencia de un hecho previsto, como causa en el propio contrato: así el siniestro cubierto por el contrato de seguro (1791CC).
- c) Cuando lo han previsto las partes, estableciendo una cláusula que origina la obligación de indemnizar: cláusula penal (1152 CC).
- d) En los supuestos en que ha lugar a responsabilidad según la Ley (arts.1902, 1905 y otros CC).

Como puede observarse, en unos casos el resarcimiento posee un carácter de recurso subsidiario y en otros actúa como objeto inmediato de responsabilidad. Ha sido definida esta obligación de daños y perjuicios como " la obligada restauración del desequilibrio patrimonial ocasionado por la conducta injusta del obligado, satisfaciendo al perjudicado aquellos que se le originaron" (STS1ª 1564/2008 de 12/09/2008). Ahora bien, no todo perjuicio supone una lesión reparable, dado que, para que la obligación de repararlo se produzca, "es necesario que la causa determinante del mismo sea antijurídica, entendiendo, por esto, en síntesis, aquélla cuyas consecuencias el sujeto no está obligado a soportar, tal y como nos recuerda la jurisprudencia" (STS 3ª11324/1992 de 23/04/1992). En este punto, cabe recordar la postura de nuestro Tribunal Supremo al respecto, que queda manifiesta en la relevante STS, 1ª, 826/2022 de 24/11/2022 que, en base al art. 9.3 LOPDH, dispone: "La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias

del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido". En consecuencia, pone de relieve la línea que a tal efecto viene manteniendo: "en la STS 592/2021, de 9 de septiembre, dijimos, citando la 130/2020, de 27 de febrero: "Esta sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, Rec. núm. 3303/2012, que dada la presunción *iuris et de iure*, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, "a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014, de 22 de enero)". Se trata, por tanto, "de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio". " [L]a inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LORD, sería indemnizable en primer lugar la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas". Para valorar este segundo aspecto, afirma la sentencia núm. 81/2015, de 18 de febrero, que ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que sólo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos. "También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados". La sentencia 512/2017, de 221 de septiembre, declara que una "indemnización simbólica", en función de las circunstancias que concurren, tiene un efecto disuasorio inverso. "No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la

indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido, sino que es posible que no alcance siquiera a cubrirlos gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa”¹¹.

En relación con el contenido de esta obligación, hemos de decir que, básicamente, consiste en restablecer el patrimonio del sujeto en la misma situación que ostentaba antes de producirse el evento dañoso. Para ello hemos de tener en cuenta dos conceptos arriba mencionados: el daño efectivo (“*damnum emergens*”) y la ganancia pérdida (“*lucrum cessans*”), tal y como sanciona el artículo 1106 CC. Para evaluar ese daño efectivo no podemos detenernos en la mera valoración del objeto específico sobre el que recae aisladamente considerado, sino que hemos de tener en cuenta que tales bienes están en relación con el resto del patrimonio del afectado de manera, que esa pérdida de valor del objeto del daño puede repercutir en los demás. Por otra parte, la cuestión de los perjuicios es más complicada, pues se trata de un concepto de más difícil cuantificación y prueba. No es lo mismo alegar, cuantificar y probar un daño efectivo referido a hechos ya sucedidos, que hacerlo respecto de unas posibilidades de futuro, muchas veces indeterminadas y aleatorias. La Jurisprudencia ha asentado un criterio más o menos claro: las ganancias cuya percepción se frustra no han de ser dudosas y contingentes, no cabe pues basar la condena en daños y perjuicios en meras y simples suposiciones; así cabe pensar que existe ese lucro cesante cuando la ganancia se hubiese producido desplegando una diligencia normal, cuando

11 Abunda sobre ello la STS1ª 80/2022 de 02/02/2022 cuando afirma: “En la sentencia 613/2018, refiriéndonos a lo declarado en la 81/2015, de 18 de febrero, dijimos que: “[...] el perjuicio indemnizable ha de incluir el daño patrimonial, y en él, tanto los daños patrimoniales concretos, fácilmente verificables y cuantificables (por ejemplo, el derivado de que el afectado hubiera tenido que pagar un mayor interés por conseguir financiación al estar incluidos sus datos personales en uno de estos registros), como los daños patrimoniales más difusos pero también reales e indemnizables, como son los derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito o contratar servicios (puesto que este tipo de registros está destinado justamente a advertir a los operadores económicos de los incumplimientos de obligaciones dinerarias de las personas cuyos datos han sido incluidos en ellos) y también los daños derivados del desprestigio y deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional causados por dicha inclusión en el registro, cuya cuantificación ha de ser necesariamente estimativa” y concluye: Lo que se acaba de consignar pone de manifiesto que la sentencia recurrida redujo la indemnización fijada por la sentencia de primera instancia de forma injustificada y sin apreciar y valorar adecuadamente las circunstancias relevantes del caso. Y no solo. “La redujo de forma tan marcada y significativa que convirtió una indemnización de justo contenido reparador, a la vista de las circunstancias del caso, en una indemnización meramente simbólica, con lo que también contravino la doctrina de la Sala que señala que una indemnización simbólica tiene un efecto disuasorio inverso, puesto que “[...] No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa”.

dependiera de una simple aceptación, o de una condición potestativa o del transcurso normal de los acontecimientos. Existen otras muchas posibilidades que no se contraen al supuesto del daño material, ya que pueden deducirse otros daños personales, error médico sobre la base de datos inexactos, decisión administrativa o privada en base a un tratamiento inadecuado de datos económicos obsoletos, o daño moral como consecuencia de la pérdida o fuga de datos sensibles sobre ideología, religión, salud, etc.

A la hora de imputar esta obligación, el Código distingue al deudor de buena o mala fe, a tenor del artículo 1107 CC, el primero responde de aquellas consecuencias necesarias de su falta de cumplimiento; el segundo de todas aquellas que conocidamente se deriven de aquella circunstancia. Sin embargo, la Jurisprudencia ha incidido en la necesidad de un nexo causal entre daños y conducta: ambos deudores responden de aquellos daños y perjuicios que estén directamente unidos o conectados con el hecho causante. Por ello el deudor de buena fe responde de los daños y perjuicios previstos y los previsibles al tiempo de constituirse la obligación, mientras el doloso responde incluso de aquellos que no fueran previstos o no podían preverse, y además no puede acogerse al función moderadora del Tribunal que beneficia al anterior en los casos de negligencia, recogida en el artículo 1103 CC. Siguiendo el ejemplo anterior, si el fallo no se debe a una conducta dolosa, deberá hacer frente el causante a aquellos daños previstos en el contrato y los que normalmente hubiera podido preverse: reparación o sustitución, pérdida de clientes, etc. Pero no cabe alegar que algunos proveedores se han desligado del perjudicado o las posibles ganancias derivadas de una futura campaña de ofertas, etc. El deudor doloso pagará incluso daños y perjuicios no previsibles pero conectados con el acto generador: encarecimiento de productos, pérdida de cartera, créditos lesionados, etc.

En cuanto a la liquidación para determinar la cuantía, esta puede operarse por las mismas partes según acuerdo entre ellos, anterior o no al evento, por la propia Ley, como hace el artículo 1108 CC, o por decisión judicial. En todo caso, deberá el que la reclama probar el daño y los perjuicios, pudiendo establecerse su cuantía durante el proceso o en la fase de ejecución de sentencia, siempre que deriven de hechos acreditados en la misma. Al ser una cuestión de hecho, su apreciación queda reservada a la soberanía del juzgador. Todo ello debe aplicarse a los distintos supuestos que se pueden plantear en el campo del tratamiento de datos personales, si bien la valoración y alcance de los daños y perjuicios se

deberá hacer atendiendo a cada caso en concreto.

En conclusión, podemos afirmar que, como se ha constatado, la tipología y alcance de los daños y perjuicios es muy diversa, pues a su producción pueden concurrir distintos factores y agentes causantes, lo cual implica la necesidad de solucionar cada caso concreto según tales circunstancias. Para ello, debemos valernos de las normas generales que disciplinan la responsabilidad para cada uno de los tipos de esta, pues no existe un régimen jurídico específico y concreto al que podamos acudir. El carácter objetivo o subjetivo de la misma nos lo indicará el tipo de obligación, medios o resultado, que el sujeto se comprometiera a asumir. Cuando el daño provenga de la intromisión en la intimidad o transmisión de datos sensibles sin consentimiento del afectado, los responsables o encargados del tratamiento responderán por sí mismos y por los hechos causados por sus empleados, merced a las normas de responsabilidad "*in eligendo*", impuestas para ellos por el Ordenamiento.

A - EL NEXO CAUSAL

Entre el daño y la acción debe haber un vínculo de causalidad, en la medida en que esta ha sido la causa que origina la lesión o menoscabo. A veces hay varias causas que concurren a la producción del daño y en otros casos hay que discernir cual de ellas es la que lo ha ocasionado. En este tema existen dos posiciones: una teoría de la "equivalencia", según la cual se considera causa del daño toda acción que contribuye al resultado lesivo de suerte que, sin ella, no se habría producido. La teoría de "causalidad adecuada" defiende que el vínculo entre ambos ha de ser suficiente y adecuado, de manera que la causa sea apta para producir aquel daño que se le atribuye. Por tanto, el resultado ha de ser una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la acción. Esta doctrina de la causalidad adecuada o eficiente es la que aplica nuestra jurisprudencia, tal y como nos recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 30/12/95 y 3/5/97, pero, como dice esta última, "siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, **como consecuencia necesaria**, el efecto dañoso producido y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad,

dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, pues, como se viene repitiendo con reiteración, si bien el art. 1902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir". Con ello se pone de manifiesto esa línea *objetivizadora* de la responsabilidad, que trasciende el mero fundamento culpabilista, pero sin llegar al extremo de dotarla de una "rigidez" que pudiera llevar a consecuencias injustas. La clave, pues, no está solamente en la conducta típica definida por el "standard jurídico" de la diligencia debida, tal y como nos recuerda la sentencia antes citada cuando afirma: "(...) todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evadir el perjuicio". Por tanto, quiere decir el Supremo que, cuando consta la conducta omisiva del sujeto, unida a la inversión de la carga de la prueba, a la presunción de culpabilidad y a la teoría del riesgo, surge la obligación reparadora.(STS 1ª 5/10/2006). En definitiva, para la imputación de responsabilidad, sea cual sea el criterio – objetivo o subjetivo – que se utilice es *requisito indispensable* la determinación del nexo causal entre la conducta del agente causante y la producción del daño y la fijación del nexo “tiene un carácter indefectiblemente factico, y por ende probatorio” (STS 1ª 30/11/2005).

Este nexo se "rompe" cuando interviene un elemento externo, que puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, entendidos como eventos imprevisibles o inevitables no imputables al sujeto, la acción de un tercero y la conducta del propio perjudicado, si bien estas dos últimas han de ser valoradas para conocer cual es su grado participación en el evento dañoso.

B – LA CULPA

Supone una mayor o menor consciencia de inobservancia del deber de actuar con

la diligencia exigible adecuada al caso. Se habla de dolo cuando el sujeto prevé la posibilidad de producir el daño y tiene intención de causarlo. Hay culpa cuando se omite la diligencia debida y se produce un daño no querido pero previsible. La Jurisprudencia aplica el principio de “inversión de la carga de la prueba” cuando la realidad del daño es innegable y, consecuencia, será el autor del riesgo, y no la víctima, quien deberá acreditar que empleó toda la diligencia debida para impedir que se causara el daño (Cfr. STS 1ª 19/07/2007 y 16/12/2008). Toda vez que concurren estos elementos surge la obligación de reparar el daño, ya sea específicamente, la misma cosa o bien dañado, o por su valor económico; tal y como afirma la STS de 6/5/97, la indemnización debe tender a restaurar el estado anterior al evento dañoso, comprendiendo las reparaciones y las pérdidas de ingresos, si bien estos límites pueden “infringirse” en ciertos casos (v.gr. razones de urgencia SAP Malaga, Sec. 6ª, de 30/12/96). Para ello, se atiende al acuerdo de las partes o al criterio de los Tribunales, pero sin entrar a valorar el grado de culpabilidad del sujeto, pues hoy se ha producido la objetivación de este fenómeno.

Veamos a continuación, siquiera brevemente, los tipos de responsabilidad civil que serían aplicables al objeto de nuestro estudio.

3 COMPATIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre **débito** y **responsabilidad**, entendido aquél como el deber de cumplir la prestación convenida por el contrato y ésta como la obligación de resarcir las consecuencias del incumplimiento, soportando el deudor ese **poder de agresión** conferido al acreedor para obtener el resarcimiento. Por ello algunos autores plantean el hecho de que fuera del contrato no hay responsabilidad, sino un deber jurídico de resarcir sancionado por la Ley, para cada caso. Para ellos, la responsabilidad contractual es un medio de garantía para el acreedor, que funciona después del incumplimiento contractual, mientras que el acto ilícito produce el deber de reparar el daño por imperativo legal y, por tanto, sería una **obligación legal**. No obstante, la doctrina actual ha elaborado una **categoría intermedia** que sería la **conducta social típica** que, basándose en el contrato, entronca con la obligación legal y que se deduce de algunos preceptos del Código Civil, como luego veremos.

A tal efecto, hemos de tener en cuenta que la realidad social de nuestros días, merced a la evolución tecnológica, presenta multitud de supuestos no incardinables fácilmente en las dos categorías arriba enunciadas. Así nos lo recuerda la SAP Granada, Sec. 3ª, de 11/3/97, cuando afirma que "la temática reparadora de este litigio no se puede incardinar en uno solo de los dos clásicos campos de la culpa – contractual y extracontractual – entendidos como contrapuestos, sino que el fenómeno es más complejo y, al igual que ocurre en el acontecer cotidiano de la vida presente, donde el devenir fáctico se anticipa a toda regulación jurídica, de ahí que un principio básico en nuestro ordenamiento es la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas – art. 3.1 C.C. – es incuestionable que el Juzgador, ante el dato objetivo del perjuicio sufrido, tenga que admitir la intercambiabilidad de los principios que inspiran la culpa y sin llegar a una objetivación de la responsabilidad en el orden civil, los conceptos de solidaridad, inversión de la carga de la prueba, adopción de las más mínimas precauciones, riesgo creado, etc., sean comunes a la culpa contractual y extracontractual, al igual que que la regulación derivada de los artículos 1103, 1104, 1106 y 1107 del Código no sea de exclusiva aplicabilidad a la culpa convencional, sino que abarca a las obligaciones que nacen en acto ilícito, pues la parca regulación del Código civil impone integrar las lagunas existentes mediante la aplicación analógica de los preceptos relativos a las obligaciones en general, dado que, aún existiendo indiscutibles y claras **diferencias** entre la responsabilidad contractual y extracontractual, no pueden negarse también las grandes **semejanzas** que posibilitan esa aplicación analógica que ciertamente evitará, en el caso del art.1103, resultados contrarios a la equidad". En definitiva, la acción de responsabilidad civil contractual y la extracontractual son perfectamente compatibles en un mismo procedimiento, cuando sean demandadas distintas personas por acaecimiento de unos mismos daños (Cfr. STS 20/6/89 y 7/02/2008).

4 APLICACIÓN AL TRATAMIENTO DE DATOS COMO ACTIVIDAD DE RIESGO

Desde la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos Europeo (en adelante, RGPD), allá por el año 2016, son muchos los conceptos y cuestiones controvertidas que han requerido la interpretación jurisprudencial. Sin embargo, en el mes de mayo de este año, ha sido objeto de una cuestión prejudicial, presentada ante el Tribunal

de Justicia de la Unión Europea, el análisis de un aspecto, hasta hoy, escasamente abordado: la responsabilidad civil por daños ocasionados por la inaplicación del RGPD.

Nos referimos a la STJUE, Sala Tercera, de 4 de mayo de 2023, asunto C-300/21, UI y Österreichische Post AG, presentada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria).

Los hechos que la motivan traen causa del tratamiento de datos realizado por Österreichische Post, en el marco de su actividad, sin el consentimiento del titular, por el cual, valiéndose de la extrapolación estadística, pudo inferir la afinidad del demandante con un determinado partido político austriaco. Pese a que no tuvo lugar ninguna cesión a terceros de esa información, el demandante se sintió ofendido por tal asociación con el partido en cuestión. Ello se materializó, como se subraya en el pronunciamiento, en un daño de carácter psicológico o moral, por cuanto “la circunstancia de que se conservaran en el seno de la referida sociedad datos relativos a sus supuestas opiniones políticas le causó una importante contrariedad, una pérdida de confianza y un sentimiento de humillación.” (Pto. 12 STJUE 4/05/23). Ello motivó la interposición de una demanda, en el órgano jurisdiccional competente en su país de residencia, en el que solicitaba el cese del tratamiento y la condena a la sociedad en cuestión al abono de una indemnización por daños y perjuicios inmateriales por un valor de mil euros. El órgano conocedor, estimó la primera pretensión, no así la segunda. Tal fallo fue reafirmado en apelación por el Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena, Austria), el cual se basó en el hecho de que, en aplicación del Derecho nacional austriaco, la vulneración de la normativa de protección de datos no ocasiona per se daños y perjuicios inmateriales, y el derecho a la indemnización solo nace cuando, probándose su existencia, tales daños revistan un determinado “umbral de gravedad”. Este pronunciamiento fue objeto de recurso por ambas partes ante el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria), el cual desestimó el recurso de casación interpuesto por Österreichische Post contra la obligación de cesación que se le había impuesto en las instancias anteriores, y decidió presentar la cuestión prejudicial, objeto de este análisis, a fin de clarificar algunas cuestiones clave en relación con el posible derecho de indemnización de los daños y perjuicios en los casos de vulneraciones de la normativa de protección de datos, a la luz del RGPD. A modo de resumen, las cuestiones se sintetizan en estas tres: en primer lugar, si el derecho a la indemnización por daños, reconocido en el art.

82 RGPD, exige que, además de un incumplimiento de la norma, se constate que el titular ha sufrido daños y perjuicios consecuencia del mismo, o si tal infracción de la normativa ya basta para que nazca la obligación de resarcir. En segundo lugar, se consulta si, además de los principios de efectividad y equivalencia, en el Derecho de la Unión se contemplan otros requisitos en aras a la cuantificación de la indemnización y, en tercer lugar, si es acorde con el Derecho de la Unión la exigencia de que los daños y perjuicios sufridos revistan una especial gravedad, requiriendo, por tanto, que alcancen un determinado umbral para que puedan generar el derecho de su resarcimiento, “más allá de la contrariedad causada por la misma” (Pto. 20 STJUE).

Partiendo de ello, se analiza cuál es el sentido de la normativa europea a este respecto, atendiendo a las previsiones contenidas en el RGPD. Así, en primer lugar, el considerando 75 contempla la existencia de riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas por la posibilidad de que los tratamientos de datos ocasionen daños “físicos, materiales o inmateriales”, cuestión que se reitera en el considerando 85. En el mismo sentido, el considerando 146 establece que el responsable o el encargado del tratamiento habrá de indemnizar cualquier daño o perjuicio que se ocasione a una persona como consecuencia de un tratamiento que infrinja lo dispuesto en el Reglamento; asimismo, añade que “el concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, de modo que se garantice la “indemnización total y efectiva por los daños y perjuicios sufridos”. Ya en el art. 82 RGPD encontramos el reconocimiento expreso de dicha obligación de resarcimiento, que recae sobre cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento, como establece el apartado 2 del citado precepto.

Del análisis de esta regulación, a criterio del Tribunal, se desprende que, puesto que no existe ninguna remisión expresa al marco nacional para la determinación del sentido y el alcance de los términos que figuran en el artículo 82 RGPD, se ha de concluir que se trata de conceptos autónomos del Derecho de la Unión, que deben contemplarse desde una perspectiva homogénea para todos los Estados Miembros. A la luz de lo anterior, se concluye que tal deber de indemnizar requiere el cumplimiento de tres requisitos cumulativos, que se desprenden del art. 82: la existencia de un daño o perjuicio, una infracción del RGPD y un nexo causal entre los dos anteriores. De ello se infiere que, para que nazca tal obligación, no

basta simplemente que se constate una vulneración de lo dispuesto en el RGPD (Ptos. 32 y 36 STJUE), puesto que, como se subraya en el pto. 37 de la sentencia en cuestión, “la infracción del RGPD no conlleva necesariamente daños y perjuicios”. En tal sentido, se ha de diferenciar el concepto de “infracción”, de la noción de “daños y perjuicios”, puesto que el primero es objeto de multas administrativas y otras sanciones, tal y como se prevé en los arts. 83 y 84 RGPD, con un ánimo eminentemente punitivo y ajenos a la exigencia de la constatación de daños y perjuicios, lo que permite afirmar que se trata de dos vías complementarias, una sancionadora y otra reparadora.

Por otro lado, en lo que respecta a la adecuación del sistema de responsabilidad civil por daños nacional a lo dispuesto, en este contexto, por el RGPD, el Tribunal sienta que la definición de daños y perjuicios a la que se debe atender en este ámbito es una “autónoma y uniforme”, haciendo hincapié en que, en la norma, en ningún momento se exige un mínimo de gravedad en los perjuicios, por lo que no cabría la exigencia de alcance de un determinado umbral; ello, máxime, teniendo presente que el Considerando 146 hace referencia a la necesidad de interpretar el concepto de daños y perjuicios en un sentido “amplio”.

Por último, en lo relativo a la concreción del régimen que se habrá de aplicar para la constatación de la obligación de indemnizar, determinación de cuantía, etc., se concluye por el Tribunal que “el RGPD no contiene ninguna disposición que tenga por objeto establecer las normas relativas a la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios a la que tiene derecho el interesado”, de modo que “en ausencia de normas del Derecho de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer los tipos de acciones que permitan garantizar los derechos que confiere el citado artículo 82”, debiendo respetarse en todo momento los principios de equivalencia y efectividad¹².

Así las cosas, se confirma que, en este contexto, será de aplicación el sistema de responsabilidad civil por daños de cada Estado miembro, siempre que respete estas máximas de plena reparación. Al respecto, como se sienta en el pronunciamiento, y se ha defendido por el Abogado General en sus conclusiones sobre este asunto¹³, “una indemnización

12 Así se desprende de la postura reiterada de la jurisprudencia del TJUE, vid. Sentencias de 13 de diciembre de 2017, El Hassani, C-403/16, y 15 de septiembre de 2022, Uniqa Versicherungen, C-18/21, así como la de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros, C-295/04 a C-298/04.

13 Conclusiones 39, 49 y 52.

pecuniaria basada en esta disposición debe considerarse “total y efectiva” si permite compensar íntegramente los concretos daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción de dicho Reglamento” (Pto. 58 STJUE). A la luz de lo anterior, resulta, no solo interesante, sino necesario, a nuestro criterio, analizar el encuadre de esta obligación contenida en el art. 82 RGPD en la regulación española del régimen de responsabilidad civil por daños.

En definitiva, según la STJUE la mera infracción del RGPD no supone el fundamento a un derecho a la indemnización, si no que ha de probarse la existencia de un daño real y efectivo, material o inmaterial, que sea consecuencia lógica y adecuada de la infracción y sin que se exija una cuantía mínima para ello. Así mismo, como quiera que el RGPD no contiene normas sobre la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios derivados de su infracción, habrá de ser el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro el que fije los tipos de acciones que sirvan para asegurar el respeto a los derechos que contiene el reglamento y, en este caso, los criterios que permitan concretar la cuantía de la indemnización con pleno respeto a los principios de equivalencia y efectividad. Ya hemos podido comprobar que, a tenor de nuestro legislador y de la Jurisprudencia española y del TJUE es preciso que concurren los distintos presupuestos para que se origine una responsabilidad civil en este campo, si bien para que surja la obligación indemnizatoria ha de probarse el daño efectivo causado, por lo que puede darse la existencia de una conducta sancionable, sin que surja el deber de indemnizar al no existir daño efectivo probado (Cfr. STS¹⁴ de 31/01/2004 y 23/05/2019). En este punto, debemos tener presente que el tratamiento de datos personales, y sobre todo determinadas categorías especiales de ellos, supone una “actividad de riesgo”¹⁴ que impone un “plus de seguridad, previsibilidad y diligencia” por parte de los sujetos responsables, si bien en este punto la figura esencial será el *responsable* del tratamiento, aunque pueden aparecer otras figuras como el encargado, el destinatario o el tercero cuya conducta provoque el evento lesivo, en cuyo caso cabe que se imponga por el primero una “cláusula de indemnidad” para exigir la indemnización por la exigencia de responsabilidad que le haya sido impuesta, merced al artículo 1903 CC (Cfr.

14 Así se deduce del amplio criterio empleado en el artículo 4.12 RGPD, cuando define la «violación de la seguridad de los datos personales»: toda violación de la seguridad que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos.

STS 1ª 1238/2023 de 29/03/2023). Efectivamente, si atendemos a lo establecido en nuestra LOPD 3/2018, los deberes de conducta impuestos a los distintos sujetos – singularmente responsable, encargado de tratamiento y delegado de protección de datos – suponen un conjunto de normas técnicas y reglas de conducta profesional muy exigentes. Además, de atenerse a los principios de protección de datos (título 2), el respeto a los derechos de las personas (título 3) y a las disposiciones aplicables a tratamientos concretos (título 4) se regula su “estatuto”, con unos altos requisitos de titulación, cualificación, eficiencia y diligencia profesional (título 5); si bien no siempre quedan muy bien delimitadas las “fronteras” de sus funciones y competencias.

A tener del artículo 28.1 LOPD, “el responsable y el encargado del tratamiento **deberán** implantar las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado Reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable”, evaluando incluso si es procedente la valoración de impacto y la consulta previa que consagra el RGPD. Ya hemos visto que la adopción de tales medidas no supone una causa de exención de responsabilidad, pero es que, además, el legislador facilita unos criterios para medir esa diligencia en el mismo precepto, pues deben atender a los “mayores riesgos que pueden producirse en ciertos casos”¹⁵.

Como puede comprobarse, estos supuestos de “diligencia cualificada” son muy

15 Art. 28., “**a)** Cuando el tratamiento **pudiera generar** situaciones de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico, moral o social significativo para los afectados. **b)** Cuando el tratamiento **pudiese privar** a los afectados de sus derechos y libertades o pudiera impedirles el ejercicio del control sobre sus datos personales. **c)** Cuando **se produjese el tratamiento no meramente incidental o accesorio** de las categorías especiales de datos a las que se refieren los artículos 9 y 10 del Reglamento (UE) 2016/679 y 9 y 10 de esta ley orgánica o de los datos relacionados con la comisión de infracciones administrativas. **d)** Cuando el tratamiento **implicase una evaluación** de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus preferencias o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su solvencia financiera, su localización o sus movimientos. **e)** Cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos **de grupos de afectados** en situación de especial **vulnerabilidad** y, en particular, de **menores** de edad y personas con **discapacidad**. **f)** Cuando se produzca un **tratamiento masivo** que implique a un gran número de afectados o conlleve la recogida de una gran cantidad de datos personales. **g)** Cuando los datos personales **fuesen a ser objeto de transferencia**, con carácter habitual, a terceros Estados u organizaciones internacionales respecto de los que no se hubiese declarado un nivel adecuado de protección. **h)** **Cualesquiera otros que a juicio del responsable o del encargado** pudieran tener relevancia y en particular aquellos previstos en códigos de conducta y estándares definidos por esquemas de certificación.

diversos y el uso del potencial implica un desplazamiento de la ponderación de cada caso a la persona del responsable y el encargado del tratamiento, cuyas funciones deberían quedar claramente especificadas a este respecto¹⁶. Ello nos lleva directamente al supuesto de “corresponsabilidad”, previsto por el artículo 29 LOPD en los siguientes términos: “La determinación de las responsabilidades a las que se refiere el artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2016/679 se realizará atendiendo a las actividades que efectivamente desarrolle cada uno de los corresponsables del tratamiento”. En este caso, estamos ante “acciones plurales”, que concurren a un mismo resultado dañoso, con contribución causal eficiente y sin posibilidad de discernir el concreto grado de incidencia de cada una de ellas. En consecuencia, si no fuera posible determinar esa actividad efectiva individualizada en el evento lesivo, aplicaremos la llamada “solidaridad impropia”, consolidada en nuestro Derecho a tenor del artículo 1137 y ss. del CC, que puede venir impuesta *ex voluntate* o *ex lege*, que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción y surge cuando no es posible individualizar las respectivas cuotas de responsabilidad de los intervinientes, si bien queda al margen la “cláusula de indemnidad” que pueda existir entre tales sujetos, según se dijo, que no suponen un “seguro de responsabilidad civil”, pues tales cláusulas solo cobran sentido en el contexto del contrato del que forman parte y no permiten exigir responsabilidad por cualquier sanción impuesta, sino solo por aquellas imputables al tercero y no sean consecuencia de las instrucciones de tratamiento dadas por el responsable sancionado. Para el TS, el “responsable” debió de adoptar el implementar las medidas de control destinadas a comprobar que el encargado contaba con el consentimiento del afectado para tratar sus datos personales, y no lo hizo.” (Cfr. STS 1ª 551/2023 de 19/04/2023).

A modo de conclusión, cabe afirmar que la STJUE tiene un su encaje “prima facie” en el Ordenamiento español, en la medida que impone unos presupuestos de Responsabilidad Civil en la protección de datos concurrente con nuestra doctrina legal y jurisprudencial compatibles con lo establecido en nuestro Derecho – ilícito civil representado por una infracción del RGPD, un daño y perjuicio material o inmaterial consecuencia de lo anterior y un nexo causal eficiente, lógico u adecuado entre ambos. Al ser una “actividad de

16 Aunque excede del propósito de estas líneas, es interesante resaltar la STS3ª 620/2022 que analiza la aplicación retroactiva del RGPD y la LO 3/2019 y la “vigencia” del RD 1720/2007 de 13 de diciembre.

riesgo” con una exigencia de responsabilidad proactiva, en base a una obligación de medios con una diligencia técnica y ética cualificada, se imponen unos estándares de exigencia coherentes con un “plus” de exigencia y compatible con nuestro sistema de RC, que tiene a la objetivación y la unificación conceptual en base a unos parámetros objetivos de solidaridad social. Así mismo, se aplica la “solidaridad impropia” para los casos de actuación de varios agentes – responsable, encargado y terceros – con una delimitación de las “cláusulas de indemnidad” y el pleno respeto al criterio del juzgador en cuanto a la cuantificación de los daños, sobre todo del daño moral.

5 RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La aprobación del reglamento UE sobre Inteligencia Artificial pretende establecer “un marco jurídico de la Unión que establezca unas normas armonizadas en materia de IA para impulsar el desarrollo, la utilización y la adopción en el mercado interior de la IA y que, al mismo tiempo, ofrezca un nivel elevado de protección de los intereses públicos, como la salud y la seguridad y la protección de los derechos fundamentales, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, reconocidos y protegidos por el Derecho de la Unión”¹⁷ y diseña la aplicación de la IA como una “actividad de riesgo”, con diversas graduaciones de impacto. Sin embargo, no queda claro si se va a proceder a regular la materia de responsabilidad Civil de una manera sectorial, unitaria y específica para los daños derivados de la IA o, si, por el contrario, se optará por distinguir entre la contractual y la extracontractual – y a ello se inclina la propuesta de directiva que luego comentaremos – aplicando la normativa sobre “productos defectuosos” en el campo de la contractual.

Siguiendo la estructura antes concretada en orden a la Responsabilidad Civil, debemos asumir que la utilización de la IA en sus diversas categorías debe encuadrarse en la categoría de una “actividad de riesgo” con distintas graduaciones, por cuanto el “ilícito civil” en este caso sería la generación de una información de salida errónea o sesgada, la adopción de una “decisión automatizada” lesiva – actividad – o bien la ausencia de esa información de

17 Cfr. REGLAMENTO (UE) 2024/1689 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de junio de 2024.

salida – omisión – de la que se derivan daños y perjuicios de distinta naturaleza. Asimismo, hemos de tener presente que esta materia está íntimamente ligada con la de la Protección de datos personales, arriba comentada, dado que la IA se “alimenta y entrena” con tal información, de manera que cualquier decisión que se adopte debe ser coherente con el régimen jurídico antes analizado¹⁸.

Así las cosas, cuando hablamos del “**daños**” causados por “sistemas autónomos” – Robots – en este campo no podemos establecer categorías “cerradas”, ya que estos pueden ser de diversa índole y pueden ser personales, morales, de cuantía no limitada, y los “patrimoniales” si pueden ser limitados por ley o convenio, salvo los derivados directamente de un daño personal, evitando unos “daños derivados en cascada” de cuantía ilimitada. En relación con el “sujeto” autor del daño o el “responsable” de su actuación – *aquiliana* o por hecho ajeno – tengamos presente que no se reconoce “personalidad jurídica” a los robots¹⁹, por lo que éstos no son titulares de derechos y deberes, lo cual nos lleva a la necesidad de determinar quién debe ser el responsable. Para ello debemos analizar el “grado de incidencia” o de aportación de cada miembro de la “cadena de actuación de la IA” y su aportación al evento lesivo, teniendo presente el nivel de autonomía de la “máquina inteligente”, el nivel de incidencia de la aportación de cada sujeto (fabricante, productor, diseñador, técnico del software, proveedor de la información, importador, distribuidor, vendedor, operador, usuario).

Es evidente que no basta con una aplicación directa del régimen de los productos defectuosos, ya que, para empezar, la definición de “producto defectuoso” en términos de mera falta de “seguridad” no puede contener en su seno la complejidad de los sistemas de IA en sus distintas categorías, pues esa “ausencia del nivel de seguridad esperable por una persona prudente y responsable” puede provenir de diversos factores o elementos integrantes del sistema IA: el diseño, el proceso de fabricación, el software, la información aportada, el “entrenamiento, el manejo o cualquier otro factor relevante. Por tanto, puede haber un defecto de diseño, de fabricación, de información o de uso, siendo determinantes o estar condicionados unos por los otros.

Siguiendo las directrices de este régimen de los productos defectuosos, el

18 Vid. Diaz Alabart, S.: “Robots y responsabilidad civil.”. Madrid, 2018.

19 Vid. AAVV: “Los robots y el Derecho”. Madrid, 2018 paginas 7 y siguientes.

“perjudicado” viene obligado a probar la existencia del daño, la existencia del defecto y el nexo causal entre ambos, lo cual supone asumir este sistema como “*quasi objetivo*”, al presumir la “culpa”, por ser una actividad de riesgo. Al margen de las precisiones antes hechas, al hablar de protección de datos, con relación a la tipología de daños y su prueba y cuantificación, debemos tener presente la especial complejidad de los sistemas de IA y las dificultades de acceso a la prueba que ello plantea. Por otra parte, también debemos tener en cuenta cuales serían los supuestos de exención de responsabilidad por “ruptura del nexo causal”, siendo especialmente complicado aplicar el de intervención de un tercero ajeno al sistema IA, la de “culpa concurrente” del usuario y la del estado de la técnica. A nuestro juicio, tales supuestos deben ser tasados y con las siguientes precisiones:

En el caso de culpa “exclusiva” del perjudicado, esta debe ser probada por el fabricante. Cuando se debió a la concurrencia de un defecto y la conducta del perjudicado, se minora el alcance de la indemnización. Si se debe a intervención de un tercero, debe indemnizar el fabricante y repetir contra el sujeto que intervino; si el fabricante “prueba” que el defecto no le es “imputable o puede establecerse claramente que se debe a una causa ajena a su intervención”, se fabricó el producto ateniéndose a unas normas “imperativas” vigentes en ese momento – por ejemplo, datos suministrados – podrá quedar exento. Si se demuestra que el producto no se ha puesto en circulación o no se ha fabricado para su venta o distribución con fines económicos en su actividad profesional, habrá que aplicar el régimen general. Cuestión diferente será la exención cuando se fabrique el “robot” en un momento en el que el “estado de la técnica” no permitiera prever la posibilidad del riesgo o “defecto”, si bien cuando sean sistemas IA que interactúen con personas vulnerables, tal contingencia debe quedar incluida en la cobertura. En todo caso, el contrato de seguro debe ser un elemento necesario y obligatorio, en todo caso, con sistemas de IA de riesgo y, sobre todo, en los de “alto riesgo, así como los fondos de garantía de cobertura de indemnizaciones.

De otro lado, un sector doctrinal se decanta por aplicar el régimen de responsabilidad por riesgo combinado con la normativa de productos defectuosos, según hemos visto, pero con un régimen propio para el “operador” dada la complejidad del concepto. En su fase “inicial” éste ejerce el control sobre el riesgo asociado al sistema IA, pues define sus características tecnológicas y proporciona datos y el servicio final de apoyo. Por tanto, el operador inicial o final, ejerce un control sobre el sistema y obtiene un beneficio

de la actividad de riesgo. Al resto de sujetos se le seguiría aplicando un régimen de responsabilidad “objetiva” cuando sean sistemas de “alto riesgo” y, para el resto, el régimen de responsabilidad por “negligencia” de matiz subjetivo. A la vista de todo ello, cabe hacer una serie de precisiones, pues resulta necesario determinar el concepto de “productor” del sistema IA o de una parte relevante del mismo, con especial atención a quien ponga su “marca” – ello hace preciso un “Registro o matrícula” de tales sistemas – así como incluir a desarrolladores, programadores, prestadores de servicios y operadores finales. Tengamos presente que aquí es relevante el papel de diseñador del software, el proveedor de información, el “entrenador” del algoritmo y el operador final del sistema, lo cual nos lleva al delicado problema de delimitar el nivel de incidencia en la causación del daño de cada uno de ellos. Es decir, qué incidencia tiene cada factor, parte, componente del “producto de sistema IA” y cuál ha sido el determinante del “fallo”, para imputar la consecuente responsabilidad por “conurrencia de causas/culpas” y, si ello no fuere posible de determinar, habrá que optar, sin duda, por la “solidaridad”. En consecuencia, se deberían revisar conceptos como el de “producto”, “productor”, incluir nuevos sujetos intervinientes en la cadena – técnico o diseñador del software, proveedor de la información y el de “operador del sistema IA – y ampliar el concepto de defecto, ya que la actual normativa es insuficiente para abarcar la complejidad de esta problemática²⁰.

Unido a lo anterior, habría que replantear los conceptos de consumidor o usuario, distinguir con claridad los supuestos cuando el perjudicado sea empresario o profesional, delimitar la figura del tercero perjudicado, no incluido en estas categorías (“*Bystander*”), pues esta problemática excede de las relaciones de consumo hasta ahora reguladas por nuestro Derecho.

Finalmente, haremos una breve mención a la Propuesta de Directiva *relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial* (Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 496 final), en la que queda patente la dificultad de probar el acto ilícito y la identidad del “causante” del daño en tan compleja relación jurídica, se proponen medidas para facilitar el acceso a la prueba por parte del perjudicado y para identificar al sujeto responsable, asentando una “presunción de causalidad”. Su ámbito de aplicación se circunscribe a la responsabilidad civil “extracontractual”, incluida la del

20 Vid. Herrera de las Heras, R.: “Aspectos legales de la Inteligencia Artificial”. Madrid, 2022.

Estado, si bien excluyendo la penal, aplicable a todos los daños y perjuicios ocasionados por culpa o negligencia derivados de los sistemas de IA. Entre sus aportaciones más relevantes, destacamos que los Tribunales podrán ordenar la revelación de pruebas en casos de daños por IA de “alto riesgo”, si bien los demandantes deben probar haber hecho “esfuerzos proporcionados” para obtener la prueba. En todo caso queda protegido el “secreto” profesional/industrial, pues solo debe aportarse la información precisa para demostrar el daño. También es destacable la “presunción iuris tantum” de culpa en ciertos casos limitados: sistemas de IA de alto riesgo con difícil prueba del nexo causal y otros sistemas, cuando existan pruebas accesibles suficientes.

En definitiva, se trataría de un régimen de responsabilidad por culpa – cuasi objetivo – con dos vertientes, contractual y extracontractual, en la que habría que hacer una serie de adecuadas adaptaciones de la normativa de los productos defectuosos, en la línea apuntada por la doctrina. A nuestro entender, es necesario hacer un régimen unificado y completo de carácter horizontal graduado por la tipología de sistemas de IA, coordinado con la normativa de seguridad de los productos y servicios y que debe ser aplicado en el Derecho interno de los Estados, impidiendo que ninguno de ellos eluda el nivel medio exigible de responsabilidad en su mercado interior, admitiendo supuestos de exención o cláusulas abusivas de exclusión o limitación de responsabilidad. Doctrina y Jurisprudencia deberán, asimismo, fijar criterios claros para supuestos de daños morales y daños punitivos, en línea con la citada Jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV.: *Los robots y el Derecho* (Rogel Vide, C., Coord.). Reus, Madrid, 2018.

AAVVV.: *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital* (Arroyo Amayuelas, E. y Cámara Lapuente, S., Dirs.). Marcial Pons, Madrid, 2020.

Balaguer Callejón, F.: *La constitución del algoritmo*, Editorial Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023.

Barrio Andrés, M.: “Manual de Derecho digital”. Tirant Lo Blanc, Madrid, 2024.

Debasa, F., Cippitani, R. y Torres Assiego, C.: “Inteligencia Artificial y modernización jurídica y social”. En la obra: *Inteligencia Artificial e plataformas digitais nas relações de trabalho*. AM2 editora, Brasil, 2024.

Díaz Alabart, S.: *Robots y responsabilidad civil*. Reus, Madrid, 2018.

Diez Picazo y Ponce De León, L.: *Derecho de daños*. Civitas, Madrid, 2000.

Gallego Torres, A.: “Derecho del consumidor en la Unión Europea. Transformación digital transición ecológica”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, número 105.

Herrera de las Heras, R.: *Aspectos legales de la Inteligencia Artificial*. Dykinson, Madrid, 2022.

Peralta Gutiérrez, A. y Torres López, L.: “Marco normativo de la inteligencia artificial en el ámbito comparado”. En la obra: *El derecho y la inteligencia artificial*. Editorial Universidad de Granada. Granada, 2022.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PENSAMENTO COMO BEM JURIDICAMENTE TUTELÁVEL: NEURODIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE COGNITIVA

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THOUGHT AS A LEGALLY PROTECTABLE GOOD: FUNDAMENTAL NEURO-RIGHT TO COGNITIVE FREEDOM

Guilherme Magalhães Martins¹

Guilherme Mucelin²

Lúcia Souza d'Aquino³

RESUMO

Este artigo aborda as neurotecnologias emergentes e sua implicação na proteção jurídica do pensamento. O objetivo principal é avaliar se a estrutura do ordenamento brasileiro, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de consciência, é adequada para lidar com o risco de influência, modulação ou modificação de pensamentos advindo dessas novas tecnologias. Parte-se da premissa de que esses direitos fundamentais, conforme são entendidos atualmente, não são suficientes. Utilizando-se da metodologia hipotético-dedutiva, concluiu-se que é necessário o aprimoramento da tutela do pensamento por meio da proposição do novo neurodireito à liberdade cognitiva dotado de jusfundamentalidade.

Palavras-chave: Neurotecnologias; Liberdade de pensamento; Liberdade de consciência; Neurodireitos; Liberdade cognitiva.

ABSTRACT

This article addresses emerging neurotechnologies and their implications for the legal protection of thought. The main objective is to assess whether the structure of the Brazilian legal system, especially concerning the fundamental rights to freedom of thought and conscience, is adequate to address the risk of modulation and modification of thoughts

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, professor associado de Direito Civil da UFRJ, professor permanente do doutorado em Direito, Instituições e Negócios da UFF, pós-doutor em Direito Comercial pela USP, doutor e mestre em Direito Civil pela UERJ e vice-presidente do Instituto BRASILCON. E-mail: gui_mart@terra.com.br

² Doutor, com período na Nova de Lisboa, e mestre em Direito Privado pela UFRGS. Pós-doutorando em Direito, Instituições e Negócios pela UFF e em Direito e Novas Tecnologias pela Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria. Research Fellow no Information Society Law Center da Università degli Studi di Milano. Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra. Especialista em Droit comparé et européen des contrats et de la consommation pela Université de Savoie Mont-Blanc. Diretor de e-commerce e plataforma das relações humanas do BRASILCON.

³ Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Vulnerabilidades no Novo Direito Privado". Professora Adjunta no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé da Universidade Federal Fluminense. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Professora da Pós-Graduação "Residência Jurídica em Resolução de Conflitos" do Departamento de Direito de Macaé da Universidade Federal Fluminense. Mãe do Rafael e do Martim.

stemming from these new technologies. It is premised that these fundamental rights, as currently understood, are insufficient to encompass the specificities of neurotechnologies. Employing a hypothetical-deductive methodology, it is concluded that complementation of mind protection is necessary through the proposal of the new neuro-right to cognitive freedom as a fundamental right.

Keywords: Neurotechnologies; Freedom of thought; Freedom of conscience; Neuro-rights; Cognitive freedom.

INTRODUÇÃO

A neurociência, que se dedica ao estudo do cérebro e do sistema nervoso, aliada a tecnologias de ponta, como a inteligência artificial, está possibilitando a medição, o monitoramento e a decodificação de pensamentos, memórias, sentimentos e estados internos por meio da coleta e do tratamento de dados cerebrais. Falamos, de modo geral, de neurotecnologias⁴, cujas capacidades são utilizadas para estimular o cérebro de maneiras específicas, visando influenciá-lo, modulá-lo, manipulá-lo ou mesmo modificá-lo, alterando processos cognitivos.

Para 2024 em diante, está previsto aumento significativo em investimentos em neurotecnologias, com o seu consequente desenvolvimento e incorporação em produtos e aplicações dedicados à coleta de dados cerebrais⁵ em contextos não clínicos. A análise dos riscos, logo, assume uma importância crucial do ponto de vista jurídico, especialmente quando o processamento de dados cerebrais tem o potencial de resultar em transparência mental⁶ e, em última análise, no acesso e controle dos pensamentos e estados internos, podendo influenciar ou orientar ações subsequentes e visões particulares de mundo que caracterizam a pluralidade de ideias em uma sociedade democrática.

Com isso, desafia-se a compreensão da relação entre mente, ação, legitimidade da intrusão externa e as suas respectivas proteções legais, o que tem levado à proposição de novos construtos teóricos que aqui analisaremos – os neurodireitos. Entende-se por esse termo um conjunto emergente de direitos humanos cuja função específica é, a uma, tutelar e proteger a

⁴ Neurotecnologia é o termo utilizado para abranger uma variedade de métodos, sistemas e instrumentos que estabelecem uma conexão direta com o cérebro humano. Esses recursos permitem o registro e/ou influência da atividade neuronal e cerebral. (Ienca, Marcelo. On neurorights. *Frontiers in Human Neuroscience*, v. 15, p. 1-11, set. 2021, p. 2).

⁵ Neurotecnologia está prevista para se tornar um mercado significativo, com potencial para gerar benefícios econômicos substanciais. Estima-se que até 2026, seu valor global alcance US\$ 17,1 bilhões, com os maiores segmentos sendo neuromodulação, neuropróteses e neurosensoriamento. O potencial de crescimento também é refletido no número de patentes registradas. (Regulatory Horizons Council. *Neurotechnology Regulation*. Nov. 2022. Disponível em: <http://surl.li/pwssb>. Acesso em: 28 jan. 2024. p. 8 e 9).

⁶ Pintarelli, Camila. A proteção jurídica da mente. *Revista de Direito da Saúde Comparado*, v. 1, n. 1, p. 104-119.

mente e o cérebro frente às neurotecnologias e, a duas, oportunizar, nessa conjuntura, uma maior autodeterminação mental do sujeito⁷.

Contudo, persiste ainda certa discussão acerca de sua novidade: são os neurodireitos novos direitos ou apenas uma releitura de direitos fundamentais já consagrados na Constituição Federal? Dada a limitação do escopo temático desta pesquisa, objetiva-se, portanto, realizar uma análise comparativa entre a liberdade de pensamento e de consciência no ordenamento jurídico brasileiro, de um lado, e a liberdade cognitiva, um neurodireito emergente, de outro.

Para alcançar esse objetivo, adotamos uma abordagem metodológica dedutiva, dividindo nosso estudo em duas partes. A primeira parte analisará a compreensão atual do conteúdo jurídico da liberdade de pensamento e de consciência no ordenamento jurídico brasileiro frente às capacidades e aos riscos das neurotecnologias. Na segunda, discutiremos a proposta da liberdade cognitiva, um (neuro)direito fundamental que pretende tutelar e proteger o *forum internum*. Vejamos.

1 FORUM EXTERNUM: DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE CONSCIÊNCIA

A liberdade de pensamento é o direito mais intrínseco a todas as pessoas⁸ e é a base essencial para o exercício de todas as outras liberdades e direitos quando da sua manifestação e expressão⁹. Em sua concepção de *forum internum*, é uma liberdade absoluta: ninguém tem o poder de controlar os pensamentos de outra pessoa. Em outros termos, enquanto processo biossocial de cada indivíduo que se mantém na ordem das atividades mentais, a liberdade de pensamento foge, até então, de qualquer probabilidade de conhecimento, aferição, modificação ou modulação por terceiros.

Em seu sentido interno, refere-se à capacidade de o indivíduo pensar livremente, refletir, ponderar e formar convicções pessoais sem interferência externa, preservando a sua integridade e sua autonomia cognitiva. Colocado em outros termos, o pensar ocorre internamente e é moldado por processos cognitivos que embasa, mas não se confunde com, a sua exteriorização – torna-se o conteúdo desse pensamento acessível ao público e, por isso, o

⁷ Hertz, Nora. Neurorights – Do we Need New Human Rights? A Reconsideration of the Right to Freedom of Thought. *Neuroethics*, v. 16, n. 5, 2023. 15 p. p. 2.

⁸ Oliveira, Regis Fernandes. Liberdade de pensamento ontem e hoje. *Revista dos Tribunais*, v. 923, set. 2012. S.p.Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

⁹ Alves, Waldir. As manifestação públicas e as liberdades de expressão e de reunião. *Doutrinas essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, 2015, p. 847-892.

Direito regula suas repercussões sociais e nas esferas jurídicas de terceiros ou da coletividade.

Para a ordem jurídica, portanto, interessará a sua concepção de *forum externum*, ou seja, a sua expressão, a manifestação ao mundo exterior daquilo que se pensa, momento a partir do qual passa a ganhar significação e relevância em termos legais. Isso se deve ao fato de que, enquanto o pensamento não é comunicado, permanece fora do âmbito do poder social, pertencendo exclusivamente de domínio pessoal¹⁰ sem maiores repercussões em patrimônios jurídicos de terceiros ou da coletividade. Logo, tradicionalmente, a liberdade de pensamento se refere ao direito de *exprimir*, por qualquer forma, o que se pensa em qualquer âmbito – arte, cultura, entretenimento, educação etc.

Trata-se, portanto, de uma liberdade de natureza intelectual que pressupõe a interação do indivíduo na sociedade, sendo caracterizada pela exteriorização do pensamento. É precisamente essa concepção de pensamento expresso que recebe proteção jurídica, tanto em nível constitucional quanto legal, além de ser respaldada pela jurisprudência.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, IV, estabelece como um direito fundamental a liberdade de *manifestação* do pensamento, com a ressalva de que o anonimato é proibido. Esse direito é uma derivação do princípio mais amplo da liberdade, que garante a todos o direito de expressar suas ideias, independentemente do meio ou forma utilizados, desde que o autor da mensagem seja identificável para aferimento de eventuais abusos e responsabilização. Já no inciso IX do mesmo artigo garante-se que “é livre a *expressão* da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Como uma especificação da liberdade de pensamento, está também a liberdade de consciência, a qual diz respeito às convicções de cada indivíduo, seus valores e sua conduta moral¹¹. Nesse sentido, o art. 5º, VI, da CF, dispõe que é inviolável a liberdade de consciência e de crença. São dois conceitos distintos: enquanto o primeiro se relaciona com orientações filosóficas, opiniões e com modos particulares de enxergar a vida e agir, o segundo se vincula à fé e a dogmas religiosos ou mesmo a sua negação¹².

Desse modo, a liberdade de pensamento aparece intimamente relacionada à de autonomia de consciência. Por este termo, compreende-se o âmbito de deliberação intelectual sob autoridade exclusiva do indivíduo, o qual é composto por suas convicções, crenças, opiniões, sentimentos e preferências que, mesmo se consideradas irrazoáveis ou ilegítimas,

¹⁰ Carvalho, Manuel da Cunha. Percepção e manifestação de vontade: relação com os direitos de personalidade na era da tecnologia. *Revista de Direito Privado*, v. 8, out.-de. 2001, p. 128-164.

¹¹ Bastos, Celso Ribeiro; Meyer-Pflug, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. *Doutrinas essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, ago. 2015, p. 985-994.

¹² Motta, Sylvio. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 240.

estarão incólumes à intervenção externa por representarem as mais inerentes vocações humanas. Assim, deve-se reconhecer a sua dupla face jurídica: a sua expressão, que conta com as proteções da liberdade de pensamento, e, antes, o direito de pensar, resultando disso a insusceptibilidade de determinação ou censura do conteúdo do pensamento, expropriação, modificação ou confisco¹³ - essa faceta, sim, sem a devida consideração jurídica.

Além disso, o texto constitucional, no capítulo que trata da educação, da cultura e do desporto, notadamente no art. 206, determina que o ensino será ministrado com base na liberdade de aprender, de ensinar, de pesquisar e de *divulgar* a arte, o saber e o pensamento. Em outro ponto, quando trata da comunicação social, a Constituição, no seu art. 220, refere que a “*manifestação* do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”.

No âmbito do direito privado, um exemplo disto é o art. 110 do Código Civil, o qual determina que a manifestação da vontade (*forum externum*) subsiste ainda que o seu autor tenha feito reserva mental (*forum internum*) de não querer o que manifestou, exceto na hipótese de o destinatário ter, sobre isso, conhecimento.

Já na jurisprudência, a liberdade de pensamento, em rigor, aparece atrelada à liberdade de expressão ou a outros elementos que permitem identificar a sua comunicação ao mundo exterior. Assim, por exemplo, no caso das obras antissemitas, sobre o direito de reunião, a marcha da maconha, processos eleitorais, discurso de ódio, cultos religiosos, liberdade de religião, proselitismo e assim por diante¹⁴.

Daí que a doutrina clássica acerca da liberdade de pensamento pode ser assim resumida: “o pensamento é livre e flui sem que se possa sob ele ter qualquer controle. O que se pretende defender, ao estipular a liberdade de pensamento, portanto, não pode ser o pensamento em si, mas sua exteriorização”¹⁵.

Em todas as disposições constitucionais, bem como nos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários relevantes, nota-se que o pensamento é protegido apenas quando é expresso de alguma maneira e não quando permanece latente no campo individual. E essa conexão prática e teórica entre o pensar e suas formas de exteriorização fez sentido no quadro

¹³ Simao, José Luiz de Almeida; Rodovalho, Thiago. A fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, V. 12, n. 1, 2017. p. 203-228. p. 222 e seguintes.

¹⁴ Veja, por todos: Lima, Alcides de Mendonça. Ação judicial cabível contra editora de obras antissemitas. *Revista de Processo*, v. 56, out.-dez. 1989, p. 151-161. Veja também: Habeas Corpus N. 4.781, ADI 1969-4 DF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.566-Distrito Federal, Recurso extraordinário 494.601, entre outros.

¹⁵ Arcaro, Alexandre Augusto; Rezende, Carolina; Deprieri, Rafael. Liberdade de pensamento: limites legais e jurisprudenciais. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, a. 3, v. 1, n. 2, p. 52, julho/dezembro de 2019. S.p.

histórico e cultural em que se desenvolveu essa liberdade específica. À época, de fato, não se podia influenciar, modular ou modificar decisivamente a partir do espectro externo o pensamento: um poder superior até poderia retirar a liberdade de escrever ou de falar, mas não poderia comprometer a liberdade de a pessoa pensar¹⁶.

Apesar de se reconhecer o valor jurídico do pensamento, pouca atenção fora dada a ele e a doutrina parece irremediavelmente condicioná-lo a sua manifestação. Por não se poder regular aquilo que escapa ao conhecimento exterior e que não representa potencial lesivo, torna-se juridicamente irrelevante. Não se submete, assim, a nenhuma disciplina legal, sendo desnecessário determinar limites, controles ou consequências da violação ou mesmo do exercício abusivo dessa liberdade interna¹⁷.

Todavia, a ideia de que o pensamento não expresso está completamente alheio ao poder social e que, portanto, não se pretende defendê-lo e regulá-lo em si parece desatualizada na contemporaneidade. Em um mundo cada vez mais interconectado e permeado por neurotecnologias com capacidade de modificação ou modulação de processos cognitivos e mentais, afetando pensamentos antes mesmo de serem expressos¹⁸, o pensamento em seu estado bruto e inerente ganha relevo e deve ser tutelado de forma específica, seja reinterpretando institutos, seja criando outros em coordenação com as premissas básicas e axiológicas constitucionais.

O Direito, de modo geral, se dedica ao detalhamento de normas destinadas à tutela do corpo e não especificamente da mente¹⁹. Isso sugere uma lacuna na salvaguarda da liberdade de pensamento no que diz respeito à esfera mais privada da mente humana – e não a sua expressão, o que ressalta a importância de uma reflexão mais profunda sobre a necessidade de proteção integral do *forum internum*.

2 *FORUM INTERNUM*: NEURODIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE COGNITIVA

¹⁶ Marques, Claudia Lima; Miragem, Bruno. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcoólicas e tabaco por lei federal. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 59, jul.-set. 2006, p. 197-240.

¹⁷ Mori, Celso Cintra; Mello, Maria Cecília Pereira de. Liberdade de expressão: importância e limites. *Revista do Advogado*, n. 145, abr. 2020, p. 49-62. p. 52 e 53.

¹⁸ Carvalho, Manuel da Cunha. Percepção e manifestação de vontade: relação com os direitos de personalidade na era da tecnologia. *Revista de Direito Privado*, v. 8, out.-de. 2001, p. 128-164.

¹⁹ Bublitz, Jan-Christoph. My Mind Is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept. In Hildt, Elisabeth; Franke, Andreas G. (Eds.). *Cognitive Enhancement: as interdisciplinary perspective*. Springer: Dodrecht, 2013. p. 233-264. p. 241. Martins, Guilherme Magalhães; Basan, Arthur. Limites ao neuromarketing: a tutela do corpo eletrônico por meio dos dados neurais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.143, set./out. 2022, p.262.

A concepção de liberdade cognitiva representa uma atualização do conceito tradicional de liberdade de pensamento para o século XXI, levando em conta as capacidades reais de monitorar e influenciar as funções cognitivas e, em última análise, comportamentos. Trata-se de um direito fundamental de pensar de forma independente, de controlar seus processos cerebrais, de empregar plenamente o potencial da mente e sobre esses atributos exercer autonomia²⁰, dizendo respeito à proteção que deve ser conferida a indivíduos contra abusos e interferências mentais por parte de terceiros e à promoção de sua autodeterminação mental. É, portanto, um direito oponível *erga omnes* e um dever de respeito ao interesse protegido, a não intervenção na mente²¹.

O conceito, apesar de aparentemente simples, é complexo devido a sua multidimensionalidade, que engloba pelo menos três aspectos basilares: a liberdade de mudar de ideia, opinião ou pensamento e escolher a forma como essa mudança ocorrerá; a proteção contra intervenções externas visando a preservar a integridade mental; e a obrigação ética e legal de promover a liberdade cognitiva²². Igualmente, comporta dois sentidos, um negativo e outro positivo. No negativo, refere-se à capacidade de fazer escolhas sobre o próprio domínio cognitivo sem encontrar obstáculos, barreiras ou proibições externas (sejam elas de natureza privada ou governamental), bem como o direito de preservar a integridade mental para evitar constrangimentos ou violações externas. Já no sentido positivo, refere-se à capacidade e ao direito de agir e assumir o controle da própria vida mental, a autodeterminação mental²³.

Embora seja um conceito relativamente recente na literatura especializada, há posições que sustentam que a liberdade cognitiva está intrinsecamente ligada à própria noção de sujeito de direito e de responsabilidade individual. Em primeiro lugar, a mente é a parte mais inata de um sujeito, definindo, portanto, sua identidade como sujeito de direitos e fornecendo a base na qual a ordem legal se fundamenta (*cogito ergo sum*). Em segundo lugar, a liberdade cognitiva pode ser considerada, em certo grau, condizente ao livre arbítrio e à concepção não explorada de liberdade de pensamento interna, que garante a capacidade de pensar e agir livremente, facilitando a análise de culpa, dolo e intenção, por exemplo. À luz disso, trata-se de

²⁰ Sententia, Wrye. Neuroethical considerations: cognitive liberty and converging technologies for improving human cognition. *Annals New York Academy of Sciences*, 2004. p. 221-228. p. 222-223.

²¹ Bublitz, Jan-Christoph. My Mind Is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept. In Hildt, Elisabeth; Franke, Andreas G. (Eds.). *Cognitive Enhancement: an interdisciplinary perspective*. Springer: Dordrecht, 2013. p. 233-264. p. 252.

²² Ienca, Marcello; Adorno, Roberto. Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. *Life Sciences, Society and Policy*, v. 13, n. 1, 2017, p. 1-27. p. 11.

²³ Ligthart, Sjors et al. Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of 'Neurorights'. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 32, n. 4, p. 461-481, 2023. p. 468.

“uma suposição implícita de qualquer ordem jurídica baseada na autodeterminação e responsabilidade individuais”²⁴.

Questionar dogmaticamente a criação do direito fundamental à liberdade cognitiva em face da contínua presença histórica de interferências externas (sociais ou outras) no pensamento individual é válido. Em teoria, é possível modificar opiniões, estados mentais, sentimentos etc. de uma pessoa apenas com um discurso ou através de publicidade, por exemplo. Tais práticas, contudo, são socialmente aceitáveis e não são ilícitas nem abusivas *a priori*. Qual é o critério, então, que determinará se uma interferência é significativa a ponto de justificar a existência de um novo direito fundamental?

Evidentemente, esse critério poderá variar dependendo do contexto legal, ético, tecnológico e político de uma sociedade geograficamente e temporalmente situada. No contexto brasileiro, com a consagração da dignidade da pessoa humana como centro de todo o ordenamento jurídico (art. 1º, III, CF), pode-se refletir que, quanto mais a intervenção comprometer a autonomia e outros direitos fundamentais do indivíduo, mais necessário será considerar uma proteção adicional para garantir sua efetiva liberdade cognitiva e de pensamento.

O ponto de justificação surge, assim, na constatação da existência de um desequilíbrio relevante de poder entre o sujeito e aqueles que interferem em sua mente, ou quando as consequências dessa interferência forem prejudiciais, causarem danos ou violarem princípios e direitos humanos e liberdades fundamentais.

Pode vir a ser interessante no tema também a diferenciação da natureza das intervenções, que pode ser direta ou indireta. A intervenção indireta envolve a perspectiva em primeira pessoa do sujeito, com suas visões, desejos e personalidade – portanto o sujeito processaria internamente a intervenção externa, a qual poderá resultar em alterações ou ações subsequentes ou não; a intervenção direta, por sua vez, ignora essas capacidades e burla o controle consciente e inconsciente²⁵, seja por meio de observações de primeiro grau (dados cerebrais) ou de segundo grau (dados inferidos a partir dos cerebrais)²⁶, sendo possível a sua conjugação com dados de perfis comportamentais.

²⁴ Bublitz, Jan-Christoph. My Mind Is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept. In Hildt, Elisabeth; Franke, Andreas G. (Eds.). *Cognitive Enhancement: an interdisciplinary perspective*. Springer: Dordrecht, 2013. p. 233-264. p. 242 e 243.

²⁵ Sommaggio, Paolo; Mazzoca, Marco. Cognitive Liberty and Human Rights. In D’Aloia, Antonio; Errigo, Maria Chiara (Eds.). *Neuroscience and Law: complicated crossings and new perspectives*. Suíça: 2020. p. 95-112. p. 107.

²⁶ Segundo a ICO: “dados de primeira ordem (são) coletados diretamente dos sistemas neurais de uma pessoa (incluindo tanto o cérebro quanto os sistemas nervosos) e inferências de segunda ordem (são) baseadas diretamente nesses dados” (Information Commissioner’s Office. *Neurotechnology*. Jun. 2023. Disponível em: <http://surl.li/pwtaj>. Acesso em: 28 jan. 2024, p. 8).

Outro ponto de discussão pode ser o nível de granularidade da intervenção. Na intervenção geral, os estímulos exteriores não são direcionados a um público específico e não usam fatores biométricos ou de perfilização para influenciar, sendo, portanto, menos eficazes no potencial de manipulação ou modulação de pensamentos, como a publicidade na televisão. Na personalizada, os estímulos são adaptados para grupos específicos, como ocorre no contexto digital por meio da criação de perfis comportamentais, que podem ser usados para *nudging* ou publicidade *online* direcionada com base na micro segmentação do público. Já a intervenção hiperpersonalizada ocorre no cenário das neurotecnologias, envolvendo a decodificação dos processos mentais com a captura e o processamento de dados cerebrais, revelando um potencial de eficácia muito maior do que as formas anteriores, como o *neuromarketing*.

O que realmente importará será a avaliação acerca da admissibilidade e do grau de intrusão da interferência, distinções que nem sempre são claras. No entanto, algumas diretrizes podem ser consideradas. Argumenta-se que, para que ocorra uma violação da liberdade cognitiva, deve haver um impacto negativo sobre os pensamentos ou habilidades cognitivas e o contorno do controle da própria pessoa sobre seus pensamentos. Além disso, outros fatores são relevantes, como o consentimento e sua validade, ocultação ou obstrução, desequilíbrio de poder e ocorrência de dano ou efeito similarmente significativo²⁷.

Mesmo diante dessas diretrizes, uma análise minuciosa em relação a diversas práticas, contextos e propósitos será necessária para determinar se, em diferentes aplicações e usos de neurotecnologias, e em qual grau, elas infringirão ou não o direito humano à liberdade cognitiva ou à liberdade de pensamento no sentido interno, caso se opte pela reinterpretação do instituto.

Como evidenciado pelas distinções apontadas, a diferença que parece existir é qualitativa, tanto em relação à natureza dos dados utilizados quanto à eficácia de seus efeitos no nível de sinapses e neurotransmissores²⁸. Não obstante, essa mudança qualitativa resulta no reconhecimento de uma nova vulnerabilidade absoluta das pessoas no contexto neurotecnológico, que a doutrina tem denominado de ultravulnerabilidade. Com este conceito, destaca-se a subjugação da natureza humana à tecnologia e aos interesses econômicos de grandes corporações digitais ou mesmo estados vigilantes quando se acessa o interior da mente e do corpo humano, violando diversos direitos fundamentais em seu grau máximo ao se

²⁷ Hertz, Nora. Neurorights – Do we Need New Human Rights? A Reconsideration of the Right to Freedom of Thought. *Neuroethics*, v. 16, n. 5, 2023. 15 p. p. 5.

²⁸ Bublitz, Jan-Christoph. My Mind Is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept. In Hildt, Elisabeth; Franke, Andreas G. (Eds.). *Cognitive Enhancement: an interdisciplinary perspective*. Springer: Dordrecht, 2013. p. 233-264. p. 241.

proporcionar manipulação e controle externos, inclusive no que toca à identidade e à personalidade²⁹.

Exatamente porque existem outros elementos dignos de proteção que se sobrepõem aos pensamentos, inclusive em termos de autogoverno, autoconsciência, autonomia e responsabilidade, e devido à limitada capacidade de proteção da mente diante de todas as especificidades das neurotecnologias, a liberdade cognitiva está intrinsecamente ligada a outros direitos fundamentais e outros neurodireitos. Isso inclui a privacidade mental, integridade mental, continuidade psicológica e proteção contra vieses e discriminações algorítmicas, entre outras possibilidades que estão sendo identificadas, que passarão por considerações também acerca da proteção de dados pessoais e modificações que se fizerem necessárias, como se já está propondo em nível legislativo.

Em apertada síntese, o direito à integridade mental visa proteger o sujeito contra formas específicas de interferência indesejada ou não justificada na mente; o direito à privacidade mental diz respeito à salvaguarda contra determinadas formas de acesso a processos e estados mentais; o direito à liberdade cognitiva busca preservar a autodeterminação mental de uma pessoa; a continuidade psicológica refere-se à preservação da identidade pessoal e da coerência do comportamento individual contra modificações não consentidas e, por fim, o direito de proteção contra vieses e discriminações algorítmicas.

Não há dúvidas de que os direitos humanos estabelecidos em diversos instrumentos e, entre nós, os fundamentais se aplicam a uma variedade de contextos envolvendo neurotecnologias, abrangendo a integridade corporal, privacidade, identidade pessoal, liberdade de pensamento e de consciência e autonomia. No entanto, o que está em discussão é a possibilidade de ampliar de forma específica os direitos existentes ou criar novos, além de se interpretar todo esse conjunto de forma coerente e sistemática, o que geralmente é considerado em três posições majoritárias.

A abordagem afirmativa-propositiva argumenta que a proteção legal atual não é adequada para preservar a mente e o cérebro diante das complexidades das neurotecnologias. Isso resulta em uma brecha que justifica a necessidade de introduzir novos direitos dedicados especificamente à mente e ao cérebro. Por outro lado, a posição afirmativa-reformista sustenta que a essência dos direitos humanos e fundamentais é suficiente para garantir uma tutela eficaz, desde que haja interpretações atualizadas conforme o contexto contemporâneo. Já a terceira

²⁹ Silva, Scalzilli. *Ultravulnerabilidade na era da internet dos corpos*: instrumentos para proteção dos direitos fundamentais diante da manipulação e controle algorítmico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023. p. 204 e seguintes.

corrente, negativa-conservadora, entende que não é necessário atualizar nem reinterpretar os direitos existentes, pois considera que o instrumental atual é adequado e apto para proteger a mente e o cérebro³⁰.

Apesar das divergências, parece haver um ponto de consenso entre as três correntes: é, sim, necessária a proteção da privacidade mental, da integridade mental, da continuidade psicológica, da não discriminação e proteção contra vieses e da liberdade cognitiva. O que diverge é, porém, a estratégia de implementação dessa proteção.

O Brasil adota, até o momento, uma abordagem afirmativa-propositiva. Podemos observar tal constatação através das recentes iniciativas nesse campo, como exemplificado pela Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 29, de 2023, que pretende acrescentar como direitos fundamentais representativos dos neurodireitos a integridade mental e a transparência algorítmica no art. 5º, da Constituição Federal, o inciso LXXX³¹.

Em sede infraconstitucional, avulta sobretudo o Parecer da Subcomissão de Direito Digital, parte da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), que dedica uma parte específica aos neurodireitos. O documento qualifica-os como “parte indissociável da personalidade”, de modo que “recebem a mesma proteção desta, não podendo ser transmitidos, renunciados ou limitados”. Adiante, conceitua-os como “as proteções que visam preservar a privacidade mental, a identidade pessoal, o livre arbítrio, o acesso justo à ampliação ou melhoria cerebral, a integridade mental e a proteção contra vieses, das pessoas naturais a partir da utilização de neurotecnologias”³² – o que é ressonante com a doutrina especializada.

As iniciativas brasileiras destacadas demonstram um compromisso em garantir que as inovações em neurotecnologias, especialmente aquelas baseadas em inteligência artificial,

³⁰ Lighthart, Sjors et al. *Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of 'Neurorights'*. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 32, n. 4, p. 461-481, 2023. p. 464 e seguintes.

³¹ Brasil. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n. 29, de 2023*. Altera a Constituição Federal para incluir, entre os direitos e garantias fundamentais, a proteção à integridade mental e à transparência algorítmica. 2023. Disponível em: <http://surl.li/pwvin>. Acesso em: 28 jan. 2024.

³² O Parecer elenca uma série de sete neurodireitos. O primeiro refere-se à liberdade cognitiva, que proíbe o uso coercitivo ou não consensual de neurotecnologias; o segundo trata do livre arbítrio, garantindo o direito de tomar decisões livremente e sem manipulação em interfaces cérebro-computador; o terceiro diz respeito à privacidade mental, protegendo contra acessos não autorizados aos dados cerebrais e sua comercialização; o quarto é o direito à integridade mental, impedindo a manipulação da atividade mental sem consentimento; o quinto é o direito à continuidade da identidade pessoal e da vida mental, protegendo contra alterações não autorizadas no cérebro; o sexto é o direito ao acesso equitativo a tecnologias cognitivas, baseado nos princípios da justiça e equidade; por fim, o sétimo refere-se à proteção contra vieses. (Subcomissão de Direito Digital da CJCODCIVIL. *Parecer n. 1. da Subcomissão de Direito Digital, pertencente à Comissão de Juristas encarregada da revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), instituída pelo Ato do Presidente do Senado (ATS) número 11, de 2023*. 2023. Disponível em: <http://surl.li/pwvja>. Acesso em: 28 jan. 2024).

sejam empregadas para promover a saúde, o bem-estar, a liberdade e o desenvolvimento humano, lastreadas em direitos humanos e fundamentais.

É de se ter em conta, todavia que o estabelecimento de um novo conjunto de normas legais e éticas para garantir a aplicabilidade e a exigibilidade judicial dos neurodireitos em todas as esferas da sociedade é um desafio complexo, porém crucial. Esse processo exigirá uma análise minuciosa de seus impactos em diversos cantos do ordenamento jurídico, como no direito do consumidor, direito do trabalho e proteção de dados pessoais, entre outros.

Nesse contexto, a criação de um *framework* específico poderá desempenhar um papel fundamental e inspirador, outorgando aos operadores do direito a missão de repensar não só formas de lidar com o *forum externum*, mas, sobretudo, em como tutelar os pensamentos e os demais componentes do *forum internum* em todos os âmbitos e disciplinas jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise sobre a proteção dos pensamentos e da mente humana sob a perspectiva jurídica é arrojada e difícil, pois historicamente a liberdade de pensamento e consciência tem sido entendida como relacionada à expressão externa de ideias, opiniões e crenças – o *forum externum* –, sem considerar diretamente o conteúdo interno da mente, como os pensamentos, como um bem jurídico tutelável.

Afinal, o domínio sobre os próprios pensamentos e processos mentais – o *forum internum* – sempre foi considerado como exclusivamente pertencente ao indivíduo, sem repercussões sobre os patrimônios jurídicos de terceiros ou da coletividade e incólume a interferências ou modificações externas significativas e, portanto, sem o estabelecimento de limites e proteções, não estando sujeito a regulamentações atualmente.

Contudo, com o avanço das neurotecnologias, o acesso ao *forum internum* torna-se cada vez mais uma realidade sujeita a questionamentos legais e éticos, dentre os quais se os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de consciência, entre outros direitos fundamentais, serão aptos para seu amparo. Sobre isso, o Direito precisa se debruçar. É necessário repensar e atualizar os instrumentos legais para garantir a proteção dos indivíduos diante dessas novas tecnologias que têm o potencial de invadir a esfera mais íntima e privada possível de uma pessoa.

Concluimos que, no estado atual de entendimento acerca dos direitos fundamentais destacados – a menos que se estenda a proteção jurídica conferida à manifestação do pensamento ao pensamento em si –, eles não se prestam à proteção dos pensamentos e da mente

humanos, pois não parecem considerar o pensamento como um bem jurídico efetivamente tutelável. Daí a necessidade de continuarmos a adotar a abordagem afirmativa-propositiva, que consiste em introduzir a liberdade cognitiva ou autodeterminação mental no catálogo de direitos fundamentais, juntamente com os outros neurodireitos.

Ao incluir a liberdade cognitiva como um direito fundamental, estaríamos fortalecendo as salvaguardas legais necessárias para proteger os pensamentos e a mente humana em um cenário de ultravulnerabilidade, tornando o pensamento como um bem juridicamente tutelável de relevância ímpar.

Portanto, essa medida seria crucial para garantir uma proteção eficaz contra qualquer forma de acesso, interferência, modificação, manipulação externa ou danos e efeitos deletérios decorrentes das neurotecnologias, especialmente aquelas baseadas em IA. Além disso, essa iniciativa promoveria a segurança jurídica na compreensão da questão, contribuindo para tanto para o bem-estar e o florescimento humano livre de determinismos externos, quanto para o desfrute de todas as potencialidades – médicas, econômicas e outras – benéficas das neurotecnologias emergentes.

REFERÊNCIAS

Alves, Waldir. As manifestação públicas e as liberdades de expressão e de reunião. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**, v. 8, 2015, p. 847-892.

Arcaro, Alexandre Augusto; Rezende, Carolina; Deprieri, Rafael. Liberdade de pensamento: limites legais e jurisprudenciais. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, a. 3, v. 1, n. 2, p. 52, julho/dezembro de 2019.

Bastos, Celso Ribeiro; Meyer-Pflug, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**, v. 8, ago. 2015, p. 985-994.

Brasil. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 29, de 2023**. Altera a Constituição Federal para incluir, entre os direitos e garantias fundamentais, a proteção à integridade mental e à transparência algorítmica. 2023. Disponível em: <http://surl.li/pwvin>. Acesso em: 28 jan. 2024.

Bublitz, Jan-Christoph. My Mind Is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept. In Hildt, Elisabeth; Franke, Andreas G. (Eds.). **Cognitive Enhancement: as interdisciplinary perspective**. Springer: Dodrecht, 2013. p. 233-264.

Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

Carvalho, Manuel da Cunha. Percepção e manifestação de vontade: relação com os direitos de personalidade na era da tecnologia. **Revista de Direito Privado**, v. 8, out.-de. 2001, p. 128-164.

Carvalho, Manuel da Cunha. Percepção e manifestação de vontade: relação com os direitos de personalidade na era da tecnologia. **Revista de Direito Privado**, v. 8, out.-de. 2001, p. 128-164.

Hertz, Nora. Neurorights – Do we Need New Human Rights? A Reconsideration of the Right to Freedom of Thought. **Neuroethics**, v. 16, n. 5, 2023. 15 p.

Ienca, Marcello; Adorno, Roberto. Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. **Life Sciences, Society and Policy**, v. 13, n. 1, 2017, p. 1-27.

Ienca, Marcelo. On neurorights. **Frontiers in Human Neuroscience**, v. 15, p. 1-11, set. 2021.

Information Commissioner's Office. **Neurotechnology**. Jun. 2023. Disponível em: <http://surl.li/pwtaj>. Acesso em: 28 jan. 2024.

Ligthart, Sjors et al. Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of 'Neurorights'. **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, vol. 32, n. 4, p. 461-481, 2023.

Lima, Alcides de Mendonça. Ação judicial cabível contra editora de obras antissemitas. **Revista de Processo**, v. 56, out.-dez. 1989, p. 151-161.

Marques, Claudia Lima; Miragem, Bruno. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcoólicas e tabaco por lei federal. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 59, jul.-set. 2006, p. 197-240.

Martins, Guilherme Magalhães; Basan, Arthur. Limites ao neuromarketing: a tutela do corpo eletrônico por meio dos dados neurais. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v.143, set./out. 2022, p.259-284

Mori, Celso Cintra; Mello, Maria Cecília Pereira de. Liberdade de expressão: importância e limites. **Revista do Advogado**, n. 145, abr. 2020, p. 49-62.

Motta, Sylvio. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Oliveira, Regis Fernandes. Liberdade de pensamento ontem e hoje. **Revista dos Tribunais**, v. 923, set. 2012.

Pintarelli, Camila. A proteção jurídica da mente. **Revista de Direito da Saúde Comparado**, v. 1, n. 1, p. 104-119.

Regulatory Horizons Council. **Neurotechnology Regulation**. Nov. 2022. Disponível em: <http://surl.li/pwssb>. Acesso em: 28 jan. 2024.

Sententia, Wrye. Neuroethical considerations: cognitive liberty and converging technologies for improving human cognition. **Annals New York Academy of Sciences**, 2004. p. 221-228.

Silva, Scalzilli. **Ultravulnerabilidade na era da internet dos corpos: instrumentos para proteção dos direitos fundamentais diante da manipulação e controle algorítmico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

Simao, José Luiz de Almeida; Rodovalho, Thiago. A fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, V. 12, n. 1, 2017. p. 203-228.

Sommaggio, Paolo; Mazzoca, Marco. Cognitive Liberty and Human Rights. In D'Aloia, Antonio; Errigo, Maria Chiara (Eds.). **Neuroscience and Law: complicated crossings and new perspectives**. Suíça: 2020. p. 95-112.

Subcomissão de Direito Digital da CJCODCIVIL. Parecer n. 1. da Subcomissão de Direito Digital, pertencente à Comissão de Juristas encarregada da revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), instituída pelo Ato do Presidente do Senado (ATS) número 11, de 2023. 2023. Disponível em: <http://surl.li/pwvja>. Acesso em: 28 jan. 2024.

**O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS ELEIÇÕES DO BRASIL: A
PERSPECTIVA OTIMISTA, PESSIMISTA E REALISTA**

**THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN BRAZIL'S ELECTIONS: THE
OPTIMISTIC, PESSIMIST AND REALIST PERSPECTIVE**

Adriana Rossini¹

Newton de Lucca²

Renata Capriolli Zocatelli Queiróz³

RESUMO

O artigo investiga o uso de inteligência artificial (IA) nas eleições brasileiras e sua conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados, bem como com a Resolução nº 23.732/2024 do Tribunal Superior Eleitoral. Busca entender o potencial impacto da IA em eleitores indecisos, sugerindo que sua aplicação pode melhorar as campanhas políticas ao combater a desinformação. Abordando perspectivas otimistas, pessimistas e realistas, explora as implicações e os desafios éticos envolvidos. O objetivo geral é verificar se a Resolução TSE nº 23.732/2024 está alinhada à LGPD e se protege adequadamente as eleições brasileiras, por meio da regulamentação do uso de IA na propaganda eleitoral. Os objetivos específicos são: investigar o uso de tecnologia e big data na política; apontar o escândalo Facebook-Cambridge Analytica como um marco anterior; examinar a influência das mídias sociais e das fake news nas eleições; avaliar a intersecção entre a LGPD, as plataformas digitais e a regulamentação eleitoral; e analisar os principais pontos da Resolução TSE n.º 23.732/2024. A hipótese sugere que a Resolução TSE n.º 23.732/2024, em conformidade com a LGPD, desempenha papel crucial na proteção de dados pessoais e na adaptação do processo eleitoral aos avanços digitais, embora ainda precise enfrentar desafios para garantir sua efetividade e conformidade ética. A metodologia adotada é hipotético-dedutiva, por meio de revisão bibliográfica e análise da legislação eleitoral.

¹ Pós-graduada e Mestre no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias pela Faculdades Londrina. Aluna especial no Programa de Doutorado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Participante do projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional pelo IDCC – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania de Londrina. E-mail: adrianarossini.adv@gmail.com

² Mestre, Doutor, Livre-Docente, Adjunto e Titular Sênior pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Permanente do Programa de pós-graduação stricto sensu da UNINOVE. Desembargador Federal aposentado do TRF da 3ª Região. Membro da Academia Paulista dos Magistrados. Membro da Academia Paulista de Direito. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Vice-Presidente do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD). E-mail: newton@newtondelucca.com.br

³ Sócia no Baptista Luz Advogados. Pós-Doutora e Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Professora do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Faculdades Londrina, Professora convidada da Universidade Estadual de Londrina (UEL), Londrina (PR/Brasil). E-mail: renataczqueiroz@gmail.com

Palavras-chave: Inteligência artificial; Eleições no Brasil; Regulamentação; Diretrizes éticas; Resolução n.º 23.732/2024.

ABSTRACT

The article investigates the use of artificial intelligence (AI) in Brazilian elections and its compliance with the General Data Protection Law, as well as with Resolution No. 23.732/2024 of the Superior Electoral Court. It seeks to understand the potential impact of AI on undecided voters, suggesting that its application can improve political campaigns by combating misinformation. Addressing optimistic, pessimistic and realistic perspectives, it explores the implications and ethical challenges involved. The general objective is to verify whether TSE Resolution No. 23.732/2024 is aligned with the LGPD and whether it adequately protects Brazilian elections, through regulating the use of AI in electoral propaganda. The specific objectives are: to investigate the use of technology and big data in politics; point to the Facebook-Cambridge Analytica scandal as an earlier milestone; examine the influence of social media and fake news on elections; evaluate the intersection between the LGPD, digital platforms and electoral regulation; and analyze the main points of TSE Resolution No. 23.732/2024. The hypothesis suggests that TSE Resolution No. 23.732/2024, in accordance with the LGPD, plays a crucial role in protecting personal data and adapting the electoral process to digital advances, although it still needs to face challenges to ensure its effectiveness and ethical compliance. The methodology adopted is hypothetical-deductive, through bibliographical review and analysis of electoral legislation.

Keywords: Artificial intelligence; Elections in Brazil; Regulation; Ethical Guidelines; Resolution N° 23.732/2024.

INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, a propaganda eleitoral sempre desempenhou um papel fundamental na busca pelo voto dos eleitores. Contudo, à medida que avanços tecnológicos transformaram a maneira como nos conectamos e compartilhamos informações, as estratégias de campanha também evoluíram. Hoje, as plataformas digitais e a inteligência artificial desempenham um papel cada vez mais proeminente, permitindo aos candidatos acessar e utilizar dados dos eleitores de maneiras sem precedentes. Essa crescente interseção entre política e tecnologia levanta questões cruciais sobre ética, manipulação e os fundamentos da democracia.

À medida que exploramos a influência potencial das novas tecnologias baseadas em dados na formação da opinião pública, surge o questionamento: elas fornecerão uma visão mais informada e esclarecida aos eleitores ou, ao contrário, contribuirão para uma manipulação cada vez mais sofisticada?

O artigo investiga o uso da inteligência artificial (IA) nas eleições brasileiras e sua conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, bem como com a Resolução nº

23.732/2024 do Tribunal Superior Eleitoral. Além disso, busca compreender o potencial impacto da IA nos eleitores indecisos, sugerindo que sua aplicação pode aprimorar as campanhas políticas ao combater a desinformação. Ao abordar as perspectivas otimista, pessimista e realista, o estudo explora não apenas os aspectos jurídicos e políticos, mas também as dimensões sociológicas e psicológicas envolvidas nesse cenário complexo e em constante evolução.

O uso da inteligência artificial (IA) e técnicas de *machine learning* nas eleições brasileiras é um tema de crescente relevância, especialmente em um cenário político marcado pela volatilidade e a desconfiança pública. Este artigo explora como essas tecnologias podem traçar perfis de eleitores indecisos e prever seu comportamento, utilizando dados de redes sociais como *Facebook*, *Instagram* e *Twitter*. Com a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que regulamenta o uso de dados pessoais, surge a necessidade de adaptar essas técnicas para garantir a privacidade dos usuários.

A utilização de inteligência artificial (IA) nas eleições está se tornando cada vez mais prevalente e avançada, oferecendo uma gama diversificada de aplicações, desde a previsão de resultados eleitorais até a personalização de campanhas. Este desenvolvimento não apenas aprimora a eficácia das estratégias eleitorais, mas também levanta uma série de desafios e questões éticas.

O combate à desinformação e ao uso abusivo de inteligência artificial (IA) nas eleições é um dos maiores desafios enfrentados por especialistas, tanto no Brasil quanto internacionalmente. Com a aproximação das eleições municipais de 2024 e apesar de tentativas de regulamentação, como o Projeto de Lei 2.630/2020 e outros projetos relacionados à IA no Congresso, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) emergiu como um ator central na regulação desse tema desde 2019, buscando preencher lacunas normativas.

Para as eleições de 2024, o TSE aprovou 12 resoluções, destacando-se a Resolução nº 23.732, de 27 de fevereiro de 2024, que altera a Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019, sobre propaganda eleitoral em plataformas digitais. Essa nova resolução atualiza normas sobre impulsionamento pago de conteúdo político, uso de conteúdo gerado por IA, e remoção de informações notoriamente falsas ou descontextualizadas.

A Resolução nº 23.732/2024 visa tornar mais eficiente e rápido o processo de remoção de conteúdos prejudiciais ao processo eleitoral e à democracia. Além disso, impõe novas obrigações aos provedores de aplicações, que devem agir proativamente contra a desinformação, discurso de ódio e conteúdos considerados crimes contra o Estado democrático

de Direito, conforme o Código Penal. Ela também estabelece condições e restrições para o uso de conteúdo gerado por IA.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reiterou a competência do TSE para definir regras sobre propaganda eleitoral e combater a desinformação nas eleições no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.261 em dezembro de 2023. A constitucionalidade da Resolução nº 23.714/2022, questionada pela Procuradoria Geral da República (PGR) por alegada violação de várias normas constitucionais, foi confirmada pelo STF, que reconheceu o papel do TSE na criação de normas e no controle da propaganda eleitoral sem usurpar a competência legislativa da União.

A atualização das regras é vital para a integridade das eleições, considerando a crescente popularização das ferramentas de IA e a necessidade de ações mais eficazes contra a desinformação e discursos de ódio que afetam o sistema democrático. No entanto, a Resolução nº 23.732/2024 tem sido criticada por supostamente violar o regime de responsabilidade estabelecido pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), especificamente em relação à responsabilidade dos provedores de aplicação na remoção de conteúdos durante o período eleitoral.

Neste contexto, exploraremos as principais maneiras pelas quais a IA está sendo integrada no processo eleitoral, bem como os dilemas éticos e os obstáculos que surgem com seu uso e sua regulação.

1 O USO DE TECNOLOGIA E *BIG DATA* NA POLÍTICA

O escândalo nas eleições presidenciais dos Estados Unidos de 2016, envolvendo a campanha de *Donald Trump* e a empresa de marketing *Cambridge Analytica*, destacou a preocupação com a manipulação de dados de usuários na internet e até que ponto empresas podem invadir a privacidade individual e violar direitos fundamentais. A *Cambridge Analytica*, através da coleta de dados pessoais do *Facebook*, conseguiu “transformar cliques em votos” (Lapowsky, 2018).

A colaboração entre o *Facebook* e a *Cambridge Analytica* gerou grande perplexidade entre os usuários globais da rede social, suscitando diversos questionamentos sobre a legalidade das ações de ambas as empresas. Este escândalo foi um dos maiores marcos de vazamento de dados, devido ao alcance e à conscientização dos usuários sobre sua fragilidade digital.

A era digital também introduziu um conceito de anonimato que permite que muitas empresas escapem da responsabilização pelo uso indevido de dados pessoais. As redes sociais desempenharam um papel crucial na estratégia de alinhar as mensagens das eleições dos EUA a favor de *Trump*, utilizando otimizações de algoritmos, dados e técnicas de comunicação (De llano, 2018).

As políticas de uso das redes sociais frequentemente permitem o compartilhamento de dados pessoais de seus usuários, facilitando a análise comportamental de cada indivíduo. Transformados em *big data*, essas informações podem ser avaliadas e utilizadas para fins comerciais ou, como no caso, para manipulação da opinião pública.

O indivíduo moderno é um espectador e consumista de produtos e notícias, vivendo em uma submissão alienante ao império da mídia. Ao longo do século XX e início do século XXI, a mídia migrou do impresso para o digital, tornando o homem muito mais suscetível a publicidade e propaganda. O grande questionamento, entretanto, não é se a polarização da opinião pública é algo bom ou ruim, mas se o uso indiscriminado e o compartilhamento de dados podem afetar e transformar a sociedade de um país ou grupo mundial.

Esse escândalo pode ter sido o catalisador para discussões sobre segurança digital e manipulação de dados pelo uso de *big data* em eleições, com o objetivo de favorecer determinadas figuras políticas. O amplo acesso à informação nos coloca em uma posição de vulnerabilidade diante de importantes decisões.

Destaca-se que o uso pernicioso de ferramentas de *big data*, com a análise de dados pessoais, tecnologia e estratégia política, transformou, o que eram apenas dados, em informações valiosíssimas. Algoritmos traçaram os perfis de votos indecisos de milhares de pessoas e, com uma estratégia política avassaladora, as mídias sociais bombardearam os eleitores com propagandas direcionadas e até mesmo com *fake news*, afetando diretamente a política dos Estados Unidos e também a política internacional.

Esse monitoramento constante sofrido pelo homem na era digital, rastreado no ciberespaço, o coloca em uma situação de verdadeira fragilidade. O mau uso de dados pessoais e a própria submissão consumista que a sociedade lhe impõe são pontos extremamente favoráveis para uma estratégia política e devem ser investigados de forma mais assertiva para que a essência da democracia não se perca.

2 O ESCÂNDALO FACEBOOK-CAMBRIDGE ANALYTICA E ALIENAÇÃO DO USUÁRIO

A afirmação é impressionante: *Big Data* implica que todas as nossas ações, sejam *online* ou *offline*, deixam rastros digitais. Cada movimento realizado com cartões de crédito, cada acesso ao banco, cada *e-commerce* visitado, cada compra online, cada pesquisa no *Google*, cada movimento com nossos celulares no bolso, cada “like” ou curtida, cada filme escolhido, ou mesmo cada vez que bloqueamos ou deixamos de seguir uma página ou pessoa, todas essas informações são coletadas para traçar nosso perfil psicológico.

Antigamente, quando alguém estava desconectado, seus dados não estavam sendo compartilhados. No entanto, com a proliferação de dispositivos interconectados, como *smartphones*, *tablets* e outros dispositivos inteligentes, até mesmo a simples localização das pessoas pode revelar informações sobre seus gostos, hábitos e comportamentos. As ferramentas de coleta *Big Data* referem-se a grandes volumes de dados, tanto estruturados quanto não estruturados, que inundam as empresas e plataformas digitais diariamente.

O conceito abrange não apenas o volume de dados, mas também a velocidade com que esses dados são gerados e processados, a variedade de tipos de dados e a veracidade (ou incerteza) dos dados. De acordo com a definição encontrada no *Gartner IT Glossary* (Glossário de Tecnologia da Informação)⁴, “Big Data é um ativo de informação de alto volume, alta velocidade e/ou alta variedade que exige formas inovadoras e econômicas de processamento de informações que permitem aprimorar as tomadas de decisão e a automação de processos” (Gutierrez, 2017, pág. 30).

Assim, quando um usuário, de maneira aparentemente inocente, clica no botão de “curtir” em um filme, vídeo, música ou aprecia uma imagem ou foto de um amigo nas redes sociais, ele gera automaticamente dados. Esses dados são coletados por algoritmos avançados, que armazenam e analisam o perfil psicológico do consumidor. Essas informações são transformadas em respostas imediatas, oferecendo produtos e serviços que correspondem às suas necessidades e perfil individual.

Por muitos anos, a finalidade dessas informações armazenadas e analisadas não era clara. O potencial uso desses dados, a quem poderiam beneficiar ou atingir, e o valor econômico dos mesmos eram amplamente desconhecidos.

No entanto, quando o escândalo envolvendo o *Facebook* e a *Cambridge Analytica* emergiu nas manchetes dos principais jornais do mundo, a população estadunidense ficou estupefata ao ver como as informações de milhões de cidadãos foram usadas para manipulá-los nas eleições presidenciais de 2016.

⁴ *In casu*: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/big-data>;

O método empregado para analisar os dados de milhões de usuários obtidos pelo *Facebook* foi o modelo *Ocean* de psicometria. Esta área da psicologia visa quantificar os traços psicológicos que compõem a personalidade humana. Desenvolvida na década de 1980, a psicometria identificou cinco grandes traços de personalidade: abertura, conscienciosidade, extroversão, amabilidade e neuroticismo, conhecidos pelo acrônimo OCEAN. Essa abordagem permite uma avaliação eficaz das personalidades, proporcionando um perfil psicológico detalhado de cada indivíduo e antecipando seu comportamento (Kelson, 2020).

Os “Cinco Grandes” (*Big Five*), como são conhecidos, se tornaram o padrão na psicometria, uma disciplina que se concentra na medição de traços psicológicos, como a personalidade. No entanto, a coleta de dados era desafiadora devido à necessidade de preencher questionários complexos e altamente pessoais. O surgimento das redes sociais alterou essa dinâmica.

Michal Kosinski, então estudante em Varsóvia, ingressou na Universidade de *Cambridge* para realizar seu PhD no centro de Psicometria. Ele se uniu a *David Stillwell*, criador de um aplicativo para o *Facebook* chamado *MyPersonality*. Os usuários respondiam a questionários psicométricos com base no modelo *Ocean*, fornecendo dados de perfil do *Facebook* aos pesquisadores. O objetivo inicial era coletar respostas de amigos próximos, mas o aplicativo rapidamente obteve uma grande quantidade de dados, permitindo aos pesquisadores compará-los com outras informações online dos usuários.

A análise dessas informações revelou correlações significativas. A partir de simples interações *online*, como curtir determinadas páginas, era possível prever características pessoais, como orientação sexual e afiliação política. *Kosinski* e *Stillwell* demonstraram que, com base em “curtidas” no *Facebook*, poderiam inferir características íntimas dos usuários, com precisão surpreendente (Kelson, 2020).

Essas descobertas revelaram o potencial do modelo psicométrico, que poderia ser aplicado em diversos contextos, desde estratégias comerciais até manipulação política. No entanto, *Kosinski* alertou sobre os riscos dessa tecnologia, reconhecendo seu potencial para ser abusada.

A aplicação do modelo *Ocean* pela *Cambridge Analytica* no processo eleitoral de 2016 evidenciou o poder das tecnologias digitais na influência política. Ao direcionar campanhas políticas com base nas características psicológicas dos eleitores, a empresa demonstrou como a psicometria e o *microtargeting* podem ser utilizados para moldar a opinião pública e influenciar resultados eleitorais. Essa capacidade de manipulação levanta questões sobre os limites éticos do uso de dados pessoais e algoritmos para fins políticos. No entanto,

como argumentado por Diamond (2010) e Sunstein (2018), as tecnologias também têm o potencial de fortalecer a democracia, permitindo que os cidadãos participem mais ativamente, monitorem o governo e ampliem suas liberdades de expressão.

O desafio está, então, em encontrar um equilíbrio entre a utilização responsável dessas ferramentas e a proteção dos direitos individuais e da integridade do processo democrático.

3 A INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS E O IMPACTO DAS FAKE NEWS NO BRASIL

Nos últimos anos, o cenário político brasileiro passou por transformações significativas, impulsionadas por uma série de eventos e movimentos que redefiniram a percepção pública e a dinâmica do poder no país. Um desses marcos foi a Operação Lava Jato, iniciada pela Polícia Federal em 2014, que expôs uma extensa rede de corrupção e envolveu figuras proeminentes dos principais partidos políticos, líderes de empresas estatais e empresários de grandes corporações (Kerche e Feres Júnior, 2018).

A Lava Jato revelou a profundidade da corrupção sistêmica no Brasil, resultando na prisão de diversos políticos de alto escalão e empresários influentes. Essa operação não apenas impactou diretamente os envolvidos, mas também gerou um clima de desconfiança e ceticismo entre a população em relação à classe política. A cada nova fase da operação, mais revelações chocantes surgiam, ampliando o desgaste da política tradicional e fomentando um sentimento de indignação e cansaço entre os cidadãos.

Esse cenário de descontentamento atingiu seu ápice nas eleições presidenciais de 2018. Um grande contingente de eleitores estava indeciso ou pretendia anular seus votos, refletindo a crise de confiança na política brasileira e a busca por uma mudança significativa na liderança do país.

No período seguinte, entre 2018 e 2020, o ambiente político continuou turbulento e impulsionou a inovação no uso de tecnologias avançadas, como inteligência artificial e técnicas de *machine learning*, para entender e influenciar o comportamento dos eleitores. Modelos preditivos baseados em análises de mídias sociais emergiram como ferramentas valiosas para campanhas políticas, permitindo traçar perfis de eleitores indecisos e determinar suas proximidades com os candidatos, utilizando dados demográficos e informações de redes sociais como *Facebook*, *Instagram* e *Twitter* (Kerche e Feres Júnior, 2018).

Durante esse período, as redes digitais desempenharam um papel cada vez mais crucial no cenário político brasileiro, influenciando não apenas os resultados eleitorais, mas também ajudando a prever o comportamento dos eleitores com precisão. No entanto, o uso desses dados levantou preocupações sobre privacidade e ética, especialmente à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que entrou em vigor em 2020 e trouxe uma regulamentação mais rigorosa sobre o tratamento de dados pessoais durante campanhas eleitorais.

4 UM NOVO PARADIGMA POLÍTICO

O recente legado político no Brasil é marcado por um desejo crescente de mudança e por uma vigilância constante da sociedade civil. A operação Lava Jato e outras iniciativas similares demonstraram que a justiça pode alcançar os poderosos, incentivando uma maior participação cívica e uma demanda por transparência e responsabilidade. Esse contexto tem moldado um novo paradigma político, onde as campanhas precisam ser mais estratégicas e baseadas em dados, focando em alcançar e convencer os eleitores de maneira mais personalizada e eficiente.

À medida que o Brasil avança para novas eleições, o cenário político continua a evoluir. O uso de tecnologias digitais, a regulamentação de dados pessoais e a luta contra a desinformação são temas centrais. O legado dos últimos anos molda as estratégias futuras, com lições aprendidas sobre a importância da ética, transparência e engajamento público na construção de uma democracia mais robusta e resiliente.

O uso de inteligência artificial, especificamente técnicas de *machine learning*, para traçar o perfil de eleitores indecisos e determinar sua proximidade com os candidatos, tem se mostrado uma ferramenta poderosa e inovadora. Utilizando dados demográficos e informações de redes sociais como *Facebook*, *Instagram* e *Twitter*, esses modelos demonstram como as redes digitais podem influenciar os resultados eleitorais e ajudar a prever o comportamento dos eleitores.

A implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018 (Brasil, 2018), que entrou em vigor em agosto de 2020, trouxe uma regulamentação rigorosa sobre o uso de dados pessoais, garantindo maior segurança e transparência no tratamento dessas informações durante campanhas eleitorais. Esta legislação tem um papel crucial na proteção da privacidade dos eleitores, ao mesmo tempo que permite o uso ético e responsável de dados para estratégias de campanha.

O modelo de IA apresentado não apenas previu resultados eleitorais com precisão, mas também ofereceu uma nova perspectiva para as campanhas políticas, permitindo estratégias mais assertivas para alcançar eleitores indecisos e reduzir o impacto negativo das *fake news*. Essa abordagem possibilitou aos candidatos direcionarem seus esforços para regiões com maior aceitação ou trabalharem para reduzir índices de rejeição, atendendo aos anseios da população e consolidando seus votos.

As eleições de 2018 destacaram a importância das tecnologias digitais e das redes sociais no cenário político, evidenciando que a interação nas redes vai além do período eleitoral. Estabeleceu-se uma relação contínua entre eleitores e políticos, onde a comunicação e o engajamento são constantes. A evolução tecnológica trouxe desafios, como a necessidade de combater a disseminação de *fake news*, mas também apresentou oportunidades para uma participação cívica mais informada e ativa.

Em resumo, o uso de tecnologias avançadas e a regulamentação de dados pessoais estão transformando a paisagem política brasileira. O futuro das campanhas políticas depende de um equilíbrio entre inovação e ética, garantindo que as ferramentas digitais sejam utilizadas para fortalecer a democracia, promovendo transparência, responsabilidade e engajamento cívico. As lições aprendidas nos últimos anos são fundamentais para construir uma democracia mais resiliente, onde o poder está verdadeiramente nas mãos dos cidadãos.

O combate à desinformação e ao uso abusivo de inteligência artificial (IA) é um dos maiores desafios para as eleições de acordo com especialistas nacionais e internacionais.

5 LGPD, PLATAFORMAS DIGITAIS E REGULAMENTAÇÃO ELEITORAL: Um Olhar sobre a Resolução n° 23.732/2024 do Tribunal Superior Eleitoral

A internet reduziu as distâncias, possibilitando a comunicação praticamente instantânea entre diferentes partes do mundo, com som e imagens de alta definição. O século XXI é caracterizado pelo auge da internet e pela capacidade de interconectar diversas fontes de dados. Nesse contexto, a proteção da privacidade e dos dados pessoais se torna cada vez mais importante, uma vez que a economia da sociedade atual é movida por dados (Parentoni, 2015).

Em relação à regulamentação desse tema, destaca-se a influência significativa do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da Europa, aprovado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia em abril de 2016. Esta norma europeia de regulação do tratamento de dados pessoais tem impacto nos países membros e além. Segundo

Leonardo Parentoni e Henrique Cunha Souza Lima (2019), “no Brasil, essa influência é evidente, pois a LGPD foi baseada no RGPD, consagrando praticamente os mesmos direitos”.

No Brasil, a proteção de dados pessoais era contemplada por várias leis esparsas, mas foi somente em 2018 que o país adotou uma legislação abrangente sobre o tema: a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). De acordo com o artigo 1º da LGPD, esta lei regula o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, tanto por indivíduos quanto por organizações públicas e privadas. Seu principal objetivo é proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o desenvolvimento pessoal (Brasil, 2018).

A LGPD trouxe avanços significativos, estabelecendo fundamentos importantes, conforme seu artigo 2º, como o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, a liberdade de informação, a comunicação e opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, além do incentivo ao desenvolvimento econômico e tecnológico, à inovação, à livre iniciativa, à livre concorrência e à defesa do consumidor. A lei também sublinha a importância dos direitos humanos, do desenvolvimento pessoal, da dignidade e do exercício da cidadania (Brasil, 2018).

As campanhas políticas têm adotado cada vez mais novas ferramentas e técnicas de *marketing* comercial baseadas no uso de dados pessoais. Essas práticas comuns incluem: (i) microdirecionamento (*microtargeting*) e impulsionamento de notícias, propagandas e anúncios pagos; (ii) segmentação de audiências com base em perfis específicos e amostras selecionadas; e (iii) envio automatizado de mensagens em massa (Brito Cruz, 2020). Nesse contexto, os dados pessoais tornaram-se um recurso valioso para a personalização e customização da comunicação política entre candidatos e eleitores, utilizando as preferências, hábitos e opiniões dos eleitores.

Por um lado, esse cenário pode ser benéfico para a democracia, aumentando o engajamento e a proximidade entre eleitores e candidatos, além de oferecer maiores oportunidades para candidatos com menos recursos. Por outro lado, apresenta riscos aos direitos de privacidade e proteção de dados pessoais dos eleitores e pode ameaçar a integridade do processo eleitoral (Brito Cruz & Massaro, 2020). Para garantir que o tratamento de dados pessoais por campanhas político-eleitorais não viole direitos fundamentais e ocorra dentro dos limites dos valores democráticos, é essencial um regime de proteção de dados que considere as especificidades do processo eleitoral. No entanto, ainda existem lacunas na proteção da privacidade e dos dados pessoais dos eleitores brasileiros, pois a regulação eleitoral apresenta “limitações estruturais, conceituais e operacionais para lidar com um novo cenário de

ferramentas de marketing político digital baseado na coleta, tratamento, análise e uso de dados pessoais” (Brito Cruz & Massaro, 2020, p. 554).

Apesar dos avanços representados pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) e pela criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)⁵, ainda não estão completamente claras as implicações da LGPD no processo eleitoral e o papel da ANPD na fiscalização das campanhas políticas.

Assim, torna-se essencial identificar essas lacunas para propor soluções que promovam uma “maior sinergia entre a legislação eleitoral e o marco regulatório de proteção de dados pessoais”, assegurando interpretações que maximizem a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos (Mendes *et al.*, 2020, p. 151).

O combate à desinformação e ao uso abusivo de inteligência artificial (IA) é um dos principais desafios das eleições, conforme apontam especialistas tanto nacionais quanto internacionais.

No cenário brasileiro, com a proximidade das eleições municipais de 2024 e eleições gerais em 2026, existiram vários projetos relacionados à IA no Congresso, incluindo o polêmico Projeto de Lei 2.630/2020, apelidado de PL das *Fake News*. Neste diapasão, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tem desempenhado um papel central na regulação dessas questões desde 2019, buscando preencher as lacunas normativas existentes.

Para o pleito de 2024, o TSE aprovou 12 resoluções, entre elas a Resolução nº 23.732, de 27 de fevereiro de 2024, que trata da propaganda eleitoral em plataformas digitais, alterando a Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019. Essa nova resolução atualiza os dispositivos da norma de 2019, abordando temas como disparo em massa, o impulsionamento pago de conteúdo político-eleitoral, o uso de conteúdo gerado por IA e a remoção de “fatos notoriamente inverídicos ou descontextualizados”.

6 O MODELO PROPOSTO NO BRASIL: Principais pontos

⁵ A Autoridade Nacional de Proteção de Dados foi criada pela Medida Provisória nº 869, de 2018, convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que alterou a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018), e passou a funcionar efetivamente com a nomeação de seu primeiro Diretor-Presidente, em 05 de novembro de 2020. No ano de 2022, um novo marco se evidenciou: a Medida Provisória nº 1.124, de 13 de junho de 2022, convertida na Lei nº 14.460, de 25 de outubro de 2022, alterando a Lei nº 13.709/2018, e transformando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados em autarquia de natureza especial. Já em 23 de janeiro de 2023, foi publicado o Decreto nº 11.401, passando a vincular a ANPD ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. A estrutura regimental e o quadro de cargos da Autoridade foram definidos e aprovados pelo Decreto nº 10.474, de 26 de agosto de 2020, alterada pelo Decreto nº 10.975, de 22 de fevereiro de 2022, e, posteriormente, pelo Decreto nº 11.202, de 21 de setembro de 2022. *In casu*: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/base-juridica>; Acesso em 02 de junho de 2024.

Muitos esforços têm sido feitos na área de regulamentação da Internet no Brasil. No entanto, enquanto a maioria dos projetos de lei busca regular a Rede estabelecendo sanções criminais, frequentemente transformando em infrações práticas comuns dos usuários, o Marco Civil da Internet tomou uma direção completamente oposta.

A Lei 12.965/14 (Brasil, 2014), conhecida popularmente como Marco Civil da Internet, é responsável por regulamentar o seu uso no Brasil. Seu objetivo é estabelecer direitos, deveres e garantias no meio digital. Essa legislação procurou desenvolver soluções envolvendo todos os interessados na criação de uma governança justa para os usuários da rede. Esse enfoque promove muitos dos princípios da democracia participativa, buscando sua implementação através do uso da Internet (Brito *et al.*, 2024).

As eleições de 2018 nos trouxeram um aprendizado valioso, destacando a importância das tecnologias digitais e das redes sociais no contexto político. Dados provenientes de plataformas como *Instagram*, *Facebook* e *Twitter* foram fundamentais para o modelo preditivo analisado, enquanto a atividade dos candidatos nessas redes aumentou sua visibilidade e a interação com o público (Goldzweig, 2018). Atualmente, aplicativos de interação criam um vínculo entre parlamentares e eleitores que ultrapassa o simples ato de “seguir”. Os eleitores, como participantes ativos das redes sociais, esperam que os políticos compartilhem atualizações sobre seu trabalho e “ouçam” suas queixas e opiniões, promovendo uma interação contínua além do período eleitoral.

No Brasil, há uma crescente atenção à relação entre inteligência artificial e o processo eleitoral. Atualmente, cerca de 46 projetos legislativos que visam regulamentar o uso da inteligência artificial estão em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (Senado Federal, 2024). Entretanto, ainda que se apressasse os julgamentos destes projetos, possivelmente teriam aplicabilidade somente nas eleições gerais de 2026, o que despertou o grande interesse do TSE em priorizar a regulação da propaganda eleitoral, culminando com a Resolução nº 23.732/2024.

Não se pode negar a proatividade do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) do Brasil na regulamentação do uso da inteligência artificial (IA) nas eleições. Exercendo seu poder regulador, conforme previsto no artigo 1º, parágrafo único do Código Eleitoral Brasileiro, o TSE editou a Resolução nº 23.732/2024, que altera a Resolução nº 23.610/2019. Com essa nova resolução, o TSE estabeleceu parâmetros específicos para o uso da IA nas eleições de 2024, abordando aspectos como transparência, ética e segurança na utilização de algoritmos e sistemas automatizados no contexto eleitoral. Além disso, a resolução fornece uma definição clara do que constitui IA garantindo um entendimento comum para a sua aplicação (STF, 2023).

No entanto, a Resolução nº 23.732/2024 tem enfrentado críticas, especialmente por supostamente violar o regime geral de responsabilidade do Marco Civil da Internet (MCI) estabelecido na Lei nº 12.965/2014, para provedores de aplicações, conforme estabelecido no *caput* do artigo 19 (MCI).

Os críticos da resolução argumentam que, enquanto o Marco Civil da Internet (MCI) institui um regime de responsabilidade subsidiária por omissão para as plataformas digitais - responsabilizando-as apenas após o descumprimento de uma ordem judicial específica que exige a remoção de determinado conteúdo - o artigo 9º - E da nova Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) introduziria um novo regime: o de responsabilidade solidária dos provedores de aplicação. Isso ocorre quando estes não promovem a indisponibilização imediata de certos conteúdos e contas, em situações definidas nos incisos subsequentes, durante o período eleitoral.

A Resolução nº 23.732/2024 do TSE reflete significativamente os princípios estabelecidos na regulamentação europeia sobre inteligência artificial, especialmente no que se refere à transparência. Isso é evidente na exigência de que os eleitores sejam explicitamente informados sobre a fabricação, manipulação e tecnologia utilizada nas ferramentas de IA empregadas no processo eleitoral (Alves Filho, 2024).

Outro aspecto crucial da resolução é a regulamentação específica do uso de *chatbots* que simulam interações humanas. Estes *bots* têm a capacidade de exibir mensagens rapidamente e interagir com conteúdo de outros usuários, criando a ilusão de serem humanos. Eles são frequentemente empregados em contextos políticos e de mídia social, onde podem ser utilizados para manipulação política e amplificação de discursos de ódio, entre outros fins. De acordo com a resolução, é exigido que, em tais situações, haja um aviso explícito de que a interação está sendo conduzida por uma IA. Essa medida busca assegurar que os eleitores estejam plenamente conscientes da natureza da comunicação, prevenindo confusões ou equívocos quanto à origem das informações e interações (Alves Filho, 2024).

O artigo 9º - B desta resolução impõe a obrigação aos responsáveis pela propaganda de informar de forma explícita e destacada quando o conteúdo foi fabricado ou manipulado por IA. Essa obrigação deve ser cumprida no início das peças ou comunicações em áudio, por meio de rótulo e audiodescrição em imagens estáticas, e de acordo com o tipo de veiculação em peças de vídeo ou áudio e vídeo, além de ser aplicada em cada página ou face de material impresso. A resolução também define exceções, como ajustes para melhoria da qualidade de imagem ou som, produção de elementos gráficos de identidade visual e recursos de *marketing* comuns em campanhas. Além disso, o uso de *chatbots*, avatares e conteúdos sintéticos para intermediar a

comunicação de campanha está sujeito às mesmas regras, proibindo qualquer simulação de interlocução com pessoas reais. O descumprimento dessas regras pode acarretar na remoção imediata do conteúdo ou na indisponibilidade do serviço de comunicação, conforme determinação judicial ou iniciativa do provedor de aplicação, sem prejuízo de apuração nos termos previstos na própria resolução. Essas medidas visam garantir a transparência e a integridade do processo eleitoral, assegurando que os eleitores recebam informações corretas e não sejam manipulados por conteúdos falsos ou distorcidos.

Essas disposições demonstram um compromisso com o uso ético da Inteligência Artificial, alinhando-se aos padrões internacionais e contribuindo para a criação de um ambiente eleitoral mais seguro e confiável, onde a tecnologia é utilizada de maneira responsável e consciente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob uma perspectiva otimista, a Resolução 23.732/2024 do TSE representa um avanço significativo na regulação do uso de tecnologias emergentes, como a inteligência artificial, no processo eleitoral. Esta resolução visa garantir um ambiente eleitoral mais transparente e justo, combatendo a disseminação de *fake news* e *deepfakes*, que podem distorcer a percepção pública e influenciar indevidamente as eleições. Ao exigir a rotulagem de conteúdos que utilizam IA, a resolução promove a transparência e permite que os eleitores saibam quando estão interagindo com conteúdo gerado por máquinas. A proibição de *deepfakes* e a restrição do uso de *chatbots* para simular conversas com candidatos são medidas que ajudam a proteger a integridade da informação e a confiança no processo eleitoral. A implementação de registros detalhados de tratamento de dados pessoais, conforme a LGPD, e a exigência de relatórios de impacto para tratamentos de alto risco, mostram um compromisso com a proteção da privacidade dos eleitores. Este modelo brasileiro pode servir de exemplo para outras nações, demonstrando como a regulamentação pode equilibrar inovação tecnológica e proteção democrática.

Por uma perspectiva pessimista, a Resolução 23.732/2024 do TSE pode ser vista como uma tentativa insuficiente e potencialmente ineficaz de regular o uso de inteligência artificial nas campanhas eleitorais. A exigência de rotulagem de conteúdos que utilizam IA pode ser facilmente contornada por campanhas mais sofisticadas, e a falta de clareza sobre o que constitui “conteúdo falso” pode levar a abusos e censura arbitrária. Além disso, a ausência de mecanismos robustos para a identificação e comprovação do uso de IA nas campanhas

levanta dúvidas sobre a aplicabilidade prática da resolução. As restrições sobre *deepfakes* e *chatbots*, embora bem-intencionadas, podem ser difíceis de implementar e fiscalizar, especialmente sem tecnologia avançada para detectar tais práticas. A insegurança jurídica gerada pela natureza administrativa da resolução, em contraste com a força de uma lei federal, pode levar a contestação e incerteza, prejudicando a confiança das plataformas *online* e dos eleitores. Em última análise, sem uma infraestrutura adequada para monitorar e aplicar essas regras, a resolução pode falhar em alcançar seus objetivos de preservar a integridade do processo eleitoral.

Este trabalho conclui que a adequação do processo eleitoral à LGPD, promovida pela Resolução nº 23.671/2021, é de suma importância, especialmente considerando o aumento do uso de meios digitais, a formação de bancos de dados e a necessidade de garantir o direito fundamental à proteção dos dados pessoais (Emenda Constitucional 155/2022).

Sob uma perspectiva realista, a Resolução 23.732/2024 do TSE representa um passo necessário, ainda que imperfeito, na regulação do uso de inteligência artificial nas campanhas eleitorais brasileiras. A exigência de rotulagem de conteúdos e a proibição de *deepfakes* e *chatbots* são medidas pragmáticas para enfrentar os desafios trazidos pela tecnologia. No entanto, a efetividade dessas medidas dependerá da capacidade do TSE de desenvolver e implementar mecanismos adequados para detectar e comprovar o uso de IA de maneira confiável. A resolução também destaca a importância de proteger os dados pessoais dos eleitores, alinhando-se com a LGPD e exigindo registros detalhados e relatórios de impacto para tratamentos de alto risco. Embora possa haver desafios na aplicação prática e possíveis contestações jurídicas, a resolução estabelece uma base importante para futuras melhorias e adaptações na regulação eleitoral. A conscientização pública e a colaboração com especialistas em tecnologia serão cruciais para refinar e fortalecer estas medidas, assegurando que o avanço tecnológico não comprometa a integridade democrática do processo eleitoral.

O uso de inteligência artificial em eleições oferece muitas oportunidades para melhorar a eficácia das campanhas e a compreensão do comportamento eleitoral, mas também apresenta desafios éticos significativos que devem ser cuidadosamente considerados. A transparência, a responsabilidade e a proteção da privacidade são essenciais para garantir que a IA seja usada de maneira justa e ética em contextos eleitorais. É crucial que regulamentações e diretrizes claras sejam estabelecidas para orientar o uso da IA nas eleições e proteger a integridade do processo democrático.

REFERÊNCIAS

ALVES FILHO, F. C. As diretrizes éticas e o desenho baseado em risco adotado pela União Europeia. **CONTRIBUCIONES A LAS CIENCIAS SOCIALES**, [S. l.], v. 17, n. 4, p. e6522, 2024. DOI: 10.55905/revconv.17n.4-238. Disponível em: <https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/6522>. Acesso em: 02 de junho de 2024.

BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm; Acesso em: 02 de junho de 2024.

BRASIL. **LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Diário Oficial da União, Brasília, DF, número 157, 15 ago. 2018, Seção 1, p. 59-64. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm; Acesso em: 02 de junho de 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.671, de 14 de dezembro de 2021**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-671-de-14-de-dezembro-de-2021>. Acesso em: 02 de junho de 2024.

BRASIL. STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ADI 7.261. DISTRITO FEDERAL. 2023**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774895965>. Acesso em: 02 de junho de 2024.

BRASIL. STF. NOTÍCIAS. **STF confirma validade de norma do TSE voltada ao combate à desinformação durante processo eleitoral. 2023**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=522844&ori=1>. Acesso em: 02 de junho de 2024.

BRASIL. TSE. **RESOLUÇÃO Nº 23.732, DE 27 DE FEVEREIRO DE 2024**. Altera a Res.-TSE nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019, dispondo sobre a propaganda eleitoral. 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2024/resolucao-no-23-732-de-27-de-fevereiro-de-2024>. Acesso em: 02 de junho de 2024.

BRITO CRUZ, Francisco. **Novo Jogo, Velhas Regras: Democracia e Direito na Era da Nova Propaganda Política**. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

BRITO CRUZ, Francisco; MASSARO, Heloísa. **Dados pessoais em campanhas políticas: a construção de uma ponte entre proteção de dados pessoais e regulação eleitoral**. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; BIONI, Bruno; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Editora Forense (GEN), 2020, p. 554.

BRITO, Auriney. Longhi, João Victor Rozatti. Cardoso, Matthäus Marçal Pavanini. Falavinha, Samuel. **Propaganda Eleitoral na Internet - 2ª Ed** – São Paulo: Saraiva, 2024, p. 216.

DE LLANO, Pablo. **Consultoria que trabalhou para Trump fez maior roubo de dados da história do Facebook.** El País, 18 mar. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/17/internacional/1521308795_755101.html; Acesso em: 02 de junho de 2024.

DE LUCCA, Newton. MACIEL, Renata Mota. **A lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018: a disciplina normativa que faltava.** In: In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coord.). *Direito & internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 21-50.

DE MATTOS CRUZ, Sylvio Augusto. **Big data e o fim do livre arbítrio: a democracia manipulada.** Pensar Acadêmico, v. 19, n. 3, p. 1083-1102, 2021. Disponível em: <https://www.pensaracademico.unifacig.edu.br/index.php/pensaracademico/article/view/2536/2091>; Acesso em: 02 de junho de 2024.

DIAS, Daniel Pires Novais; BELLI, Luca; ZINGALES, Nicolo; GASPAR, Walter; CURZI, Yasmin. **Plataformas no Marco Civil da Internet: a necessidade de uma responsabilidade progressiva baseada em riscos.** civilistica.com, [S. l.], v. 12, n. 3, p. 1–24, 2023. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/931>. Acesso em: 02 de junho de 2024.

DIAMOND, L. Liberation technology. **Journal of Democracy**, v. 21, n. 3, p. 69-83, 2010. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/liberation-technology/>. Acesso em: 02 de junho de 2024.

DONEDA, D.; ALMEIDA, V., A., F. **O que é a governança de algoritmos?** PoliTICS, n. 24, 2016. Disponível em: <https://politics.org.br/edicoes/o-que-%C3%A9-governan%C3%A7a-de-algoritmos> . Acesso em: 02 de junho de 2024.

ENEAS, Guilherme et al. **Predictive model for Brazilian presidential election based on analysis of social media.** In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON NATURAL COMPUTATION: FUZZY SYSTEMS AND KNOWLEDGE DISCOVERY (ICNC-FSKD). Kunming, 2019.

GARTNER IT Glossary. **Definition of BIG DATA.** 2012. Disponível em: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/big-data>; Acesso. 02 de junho de 2024.

GOLDZWEIG, Rafael Schmuziger. **Por que devemos nos preocupar com a influência das redes sociais nas eleições de 2018?** EL PAÍS Brasil. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/21/opinion/1537557693_143615.html; Acesso. 02 de junho de 2024.

GUIA ORIENTATIVO APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) por agentes de tratamento no contexto eleitoral [recurso eletrônico]. – Dados eletrônicos (65 páginas). Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2021.

GUTIERRES, Luna Neide Macedo. **O conceito de big data: novos desafios, novas oportunidades.** 2017. 114 f. Dissertação (Mestrado em Tecnologias da Inteligência e Design

Digital) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Tecnologias da Inteligência e Design Digital, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/20455>; Acesso em: 02 de junho de 2024.

KELSON, Pedro. **O homem nu: tecnologias de vigilância e os perigos para a democracia**. Sociedade Viglada, organizado por Ladislau Dowbor. Anatomia Literária e outras palavras. p. 66, 2020. Disponível em: <https://dowbor.org/wp-content/uploads/2021/03/Sociedade-Viglada.pdf#page=66>; Acesso em: 02 de junho de 2024.

KERCHE, Fábio; FERES, João. JÚNIOR. (coords.). **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Contracorrente, 2018. 256p. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/smT4BjgtVNYWJkZ77W5tQBw/>; Acesso em: 02 de junho de 2024.

LAPOWSKY, Isse. **How Cambridge Analytica sparked the great privacy awakening**. Wired. São Francisco: 17 mar 2018. Disponível em: <https://www.wired.com/story/cambridge-analytica-facebook-privacy-awakening/>; Acesso em: 02 de junho de 2024.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; BACHUR, João Paulo. **Manipulação da informação, fake news e os novos desafios para a democracia**. In: Fake News e as Eleições 2018. Cadernos Adenauer, São Paulo, ano XIX, v. 4, 2018, p. 151.

MIELKE, Ana. **Big Techs: o humano perde mais espaço**. Outras Palavras. Jornalismo de profundidade e pós-capitalismo. Seção tecnologia em Disputa. Publicado em 26/02/2024. Atualizado em 26/02/2024. Disponível em: <https://outraspalavras.net/tecnologiaemdisputa/big-techs-o-humano-perde-mais-espaco/>; Acesso em: 02 de junho de 2024.

PARENTONI, Leonardo. **O Direito ao Esquecimento [Right to Oblivion]**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (coord.). Direito & Internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 540.

PARENTONI, Leonardo. LIMA, Henrique Cunha Souza. **Proteção de Dados Pessoais no Brasil: Antinomias Internas e Aspectos Internacionais**. In: DE LUCCA, Newton. SIMÃO FILHO, Adalberto. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. MACIEL, Renata Mota (coord.). Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais. São Paulo: Quartier Latin, 2019. pp. 483-511.

PINTO, C. M.; SILVA, G. E. V. O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS ELEIÇÕES. **Revista Contemporânea**, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 37–41, 2022. DOI: 10.56083/RCV2N4-003. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/231>. Acesso em: 02 de junho de 2024.

RAMOS, Julia Lonardonl; LATTANZIO, Daniel Zonzinl; GONÇALVES, Guilherme de Salles; QUEIROZ, Renata Capriolli Zocatelli (organizadores). **LGPD x Campanha Eleitoral: perspectivas e desafios**. Londrina, PR: Thoth, 2022. Disponível em: file:///C:/MEUS%20DADOS%20NAO%20APAGAR/Downloads/LGPD_X_CAMPANHA_ELEITORAL_PERSPECTIVAS_E.pdf. Acesso em: 02 de junho de 2024.

SANTOS, Bruna et al.: Proteção de Dados Pessoais e Eleições - **Relatório de Recomendações para o quadro brasileiro atual**, InternetLab - Law and Technology Research Center, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/informacao-e-politica/e-lancado-relatorio-de-recomendacoesde-protecao-de-dados-pessoais-eleicoes/>; <https://www.econstor.eu/handle/10419/242251>; Acesso em: 02 de junho de 2024.

SUNSTEIN, Cass. As Mídias Sociais São Boas ou Ruins para Democracia. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 15, n. 27, p. 85-92, 2018. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2018/07/sur-27-portugues-cass-sunstein.pdf>. Acesso em: 02 de junho de 2024.

ZUBOFF, S. **Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação**. In: BRUNO, F et al. (eds). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 42-43.

OS IMPACTOS DA SUPERVIGILÂNCIA ALGORÍTMICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E O DIREITO FUNDAMENTAL DE ESCOLHA NA SOCIEDADE DO CANSAÇO

Luca Rossato Laimer¹

Rogerio da Silva²

RESUMO

Este ensaio teórico tem como objetivo investigar os impactos da sociedade do desempenho e da supervigilância algorítmica nas relações de consumo contemporâneas e sua interação com o direito fundamental de escolha do consumidor. Com isso, aborda-se a filosofia de Byung Chul Han da *Sociedade do Cansaço*, envolvendo os novos meios de exploração e as dimensões de poder inseridos nessa sociedade. A conclusão revela que a pressão pelo desempenho e a autoexigência resultam em sérios impactos na saúde mental, e que a manipulação algorítmica desafia a capacidade de escolha informada dos consumidores. Destaca-se, portanto, a necessidade de fortalecer as proteções legais e de implementar políticas públicas que promovam um equilíbrio saudável entre trabalho, vida pessoal e consumo sustentável.

Palavras-chave: Consumo; Desempenho; Direito do consumidor; Sociedade do cansaço; Vigilância algorítmica.

ABSTRACT

This theoretical essay aims to investigate the impacts of the performance society and algorithmic surveillance on contemporary consumer relations and their interaction with the fundamental right of consumer choice. In this context, it addresses Byung-Chul Han's philosophy in *The Burnout Society*, exploring new means of exploitation and the new dimensions of power embedded in this emerging society. The conclusion reveals that the pressure for performance and self-demand result in serious impacts on mental health, and that algorithmic manipulation challenges consumers' ability to make informed choices. Therefore, it highlights the need to strengthen legal protections and implement public policies that promote a healthy balance between work, personal life, and consumption.

Keywords: Consumption; Performance; Consumer rights; Burnout society; Algorithmic surveillance.

INTRODUÇÃO

Na era contemporânea, o conceito de liberdade adquire novas nuances à medida que as pessoas se encontram imersas na "sociedade do cansaço". Essa expressão, cunhada pelo

¹ Mestrando em Direito na Universidade de Passo Fundo – UPF. Bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito, vinculado à linha de pesquisas Relações Sociais e Dimensões do Poder. E-mail: 152848@upf.br.

² Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: rogerio@upf.br.

filósofo sul-coreano Byung-Chul Han, revela um panorama em que a liberdade individual e a autoexploração se entrelaçam de maneira intrincada. Sob a égide do neoliberalismo, a busca incessante pela produtividade e eficiência transformou não apenas o ambiente de trabalho, mas também todas as esferas da vida social e cultural. Han propõe um olhar crítico sobre a sociedade contemporânea, onde a lógica da imunologia do século passado, que distinguia claramente entre o interior e o exterior, entre amigo e inimigo, já não se aplica de maneira eficiente.

Em seu lugar, emergiu uma dinâmica em que os indivíduos não são apenas submetidos a um controle externo, mas internalizam a vigilância sobre si, alimentando uma cultura de desempenho constante e de autoexigência. Nessa nova configuração social, as pessoas são simultaneamente prisioneiras e vigilantes, conformadas pela necessidade de superprodução e desempenho incessantes, o que, não raramente, resulta em exaustão física e mental.

Desse modo, explorar os conceitos apresentados por Byung-Chul Han é essencial para entender as transformações sociais e culturais contemporâneas. O neoliberalismo, com sua ênfase na produtividade e eficiência, redefiniu o entendimento de liberdade, transformando-o em um mecanismo de auto exploração. A relevância do tema amplifica-se quando se consideram o impacto dessas dinâmicas sobre a saúde mental, a qualidade de vida e as relações sociais e ambientais.

A reflexão sobre a sociedade do cansaço é fundamental para compreender as implicações desse paradigma nas relações de consumo e na autonomia dos indivíduos. Nessa perspectiva, a liberdade de escolha na sociedade de consumo reforça a importância de estudar a supervigilância algorítmica e a manipulação digital na sociedade contemporânea. Os consumidores são frequentemente expostos a um fluxo incessante de informações e opções personalizadas, remetendo aos excessos de estímulos e à "positividade excessiva" descrita por Byung-Chul Han em suas análises. Esse contexto resulta em um desafio à capacidade de escolha informada e autônoma dos indivíduos. Compreender essa dinâmica é crucial para proteger o direito fundamental de escolha do consumidor em uma era de supervigilância algorítmica e Big Data.

O problema central a ser investigado nesta análise é como a sociedade do cansaço, conforme delineada por Han, afeta a percepção de liberdade e autonomia individual, especialmente no contexto das relações de consumo. Busca-se entender as consequências desse hiper monitoramento digital, intrínseco à cultura de desempenho constante, sobre a saúde mental e a qualidade de vida das pessoas. Ademais, explora-se o modo como a supervigilância algorítmica e a manipulação digital transformam as relações de consumo, desafiando a

capacidade de escolha informada e autônoma dos indivíduos. A análise fundamenta-se nas contribuições teóricas de Han, complementadas pelas perspectivas de Foucault sobre a sociedade e as respectivas relações sociais em dois períodos distintos, sobre a liberdade de escolha na sociedade do consumo.

Especificamente, busca-se investigar os impactos da sociedade do desempenho e da supervigilância algorítmica nas relações de consumo contemporâneas e sua interação com o direito fundamental de escolha do consumidor, analisando o efeito da manipulação digital nas relações de consumo dos indivíduos e refletindo sobre as transformações sociais e culturais resultantes da lógica neoliberal de produtividade e eficiência. Por fim, avalia-se como a vigilância, presente na era da Big Data, molda as opiniões, os anseios e os desejos dos indivíduos.

1 CONCEITOS CENTRAIS DA SOCIEDADE DO CANSAÇO

O poder como forma de controle restringe a liberdade de escolha daqueles que estão sob seu domínio. No passado, esse controle era evidente, frequentemente violento, e submetia os controlados, que muitas vezes se rebelavam ao reconhecer sua condição. Quando esse poder atinge níveis elevados, os manipuladores disfarçam o controle como se fosse liberdade, agindo de maneira sutil e, assim, facilitando o domínio sobre aqueles que são iludido. Esse é o destino do sujeito que, literalmente, significa "estar submetido". Acredita-se que, hoje, as pessoas não sejam sujeitos submetidos, mas sim um projeto de liberdade (HAN, 2017).

Em outras palavras, o indivíduo vê a si mesmo em uma constante pressão para maximizar sua produtividade e eficiência, levando a um estado de auto exploração e autoempredimento. Nas palavras de Han, o sujeito torna-se um empresário de si mesmo, seu próprio chefe e seu próprio empregado. Esse estado de contínua competição consigo mesmo e com os outros, aliado ao excesso de estímulos em uma era de hiper comunicação digital, resulta em um cansaço crônico e em problemas de saúde mental. A obra de Han oferece um quadro teórico para entender como essas dinâmicas afetam as relações sociais e, por extensão, as relações de consumo e produção (HAN, 2017).

Han utiliza-se de metáforas do corpo humano para explicar a sociedade, descrevendo que a lógica imunológica marcou o século passado, assim como o corpo humano define quem é o inimigo e quem é o amigo, distinguindo entre o interior e o exterior, ou, até mesmo, entre o próprio e o estranho. Porém, essa dualidade não é mais suficiente para compreender as dinâmicas sociais complexas (HAN, 2017).

Ao explorar o modelo imunológico do século passado, Han adota a perspectiva de Foucault, especialmente a noção de sociedade disciplinar e do panóptico. No entanto, ao contextualizar o mundo contemporâneo, ele expande essa análise para incluir a ideia da "sociedade do desempenho" ou "sociedade do cansaço". Nessa nova era social, não apenas as pessoas são vigiadas externamente, mas também se tornam seus próprios vigilantes. O controle não é mais imposto por uma autoridade externa, mas internalizado por meio de uma cultura de desempenho constante e autoexigência, levando o indivíduo à auto exploração e à autodisciplina (HAN, 2017).

Essa interseção entre as teorias de Foucault e Han oferece uma compreensão mais abrangente das complexidades do poder, controle e subjetividade em diferentes contextos sociais. A sociedade contemporânea não é primordialmente uma sociedade disciplinar, mas uma sociedade de desempenho disciplinado, a qual se desvincula cada vez mais da negatividade das proibições e se organiza como uma sociedade da liberdade e da positividade.

A sociedade disciplinar exercia seu controle por meio da vigilância, do castigo e das recompensas externas; na sociedade do cansaço, por sua vez, as pessoas são impelidas por uma positividade exacerbada a tornarem-se mais produtivas, eficientes e realizadas. Não estão mais organizadas como uma comunidade disciplinada nos moldes do século passado, mas como uma sociedade de desempenho disciplinada, na qual a positividade (na verdade, o excesso dela) está em evidência. Um exemplo disso é a frase “Yes, we can”, que ganhou fama ao ser utilizada por Barak Obama em seus comício eleitorais. A citação tornou-se um slogan em suas campanhas e ilustra claramente os “novos meios de exploração” disfarçados pela positividade, implicando que as pessoas são, ao mesmo tempo, prisioneiras e vigilantes, vítimas e agressores. Essa dinâmica, assim como no sistema imunológico, pode levar à auto exploração em decorrência da superprodução, do super desempenho e da super comunicação (excesso de estímulos) prejudicial à saúde mental, social e bem-estar.

Schmidt Neto, referenciando Han, afirma que a “*estrutura da dominação mantém-se totalmente oculta aos seus olhos, daí que se suponha livre*” (HAN, 2017). Essa crença na liberdade é indispensável para o êxito da submissão e do controle das massas em uma fase em que o poder já não pode mais ser visto ou presenciado, ou seja, “*O poder absoluto não necessita de violência para ser utilizado, ele está baseado em uma submissão livre*” (HAN, 2017). Além disso, ao acreditar nessa plena liberdade de escolha consumerista e autodeterminação transmitida pelo culto ao *self-made man* (LORDON, 2015, p. 224), a cultura dessa sociedade

de consumo julga a si mesma e, ainda mais, aos outros, pois passa a hierarquizar os cidadãos a partir da abundância de consumo³ (SCHMIDT NETO, 2021).

Abordando esse novo meio de cultura consumista, relacionado a essa “falsa liberdade meritocrática”, Mauricio Lazzarato argumenta que a cultura que celebra o “empreendedor de si mesmo”, cria indivíduos que fundamentam sua ambição em valores relacionados a custos e benefícios, ganhos e perdas, oferta e demanda, rentabilidade, entre outros. Esse indivíduo se percebe como livre, autônomo e independente, estando em constante negociação com seu ego e superego econômicos. Assim, ele se torna responsável por seu próprio destino e compete não apenas com os outros, mas principalmente consigo mesmo, experimentando a exaustão de uma sociedade focada no desempenho (LAZZARATO, 2015).

2 IMPACTOS DA SOCIEDADE DO DESEMPENHO E DA SUPERVIGILÂNCIA ALGORÍTMICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Assim como na sociedade do desempenho descrita por Byung-Chul Han, as relações de consumo estão passando por uma reconfiguração. Impulsionada pelo Big Data, esta era de consumo se destaca pelo uso do consumo digital, marketing digital e manipulação algorítmica. Com essa transformação, as relações sociais e comerciais sofreram uma drástica mudança, comparável às observadas no século passado. Surge, então, a discussão sobre o direito fundamental de escolha do consumidor nas transações em meios digitais, questionando se a constante conectividade representa um avanço ou um retrocesso. A incessante busca por desempenho e a pressão para estar sempre on-line resultam em uma sociedade exausta, sobrecarregada e explorada.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) oferece uma base legal para a proteção dos consumidores, porém, é necessário avaliar como suas disposições são aplicadas no contexto da sociedade do desempenho. Questões como publicidade enganosa, práticas comerciais abusivas e a indução ao consumismo exacerbado são especialmente relevantes nesse cenário.

Desse modo, a pressão pelo desempenho afeta não apenas os trabalhadores, mas também os consumidores, que se sentem compelidos a adquirir bens e serviços que prometem melhorar sua eficiência e seu bem-estar. As empresas utilizam estratégias de marketing cada vez mais agressivas, recorrendo até mesmo a práticas abusivas e invasivas. Esse ambiente

intensifica a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de uma proteção jurídica mais eficaz.

Essa pressão leva os consumidores a constantemente buscarem produtos e serviços que prometem melhorar sua produtividade ou, simplesmente, satisfazer o desejo de posse, resultando em práticas de consumo impulsivo ou compulsivo. Isso gera uma falsa ideia de pertencimento e necessidade em relação às novas *features* oferecidas pelas evoluções do consumo.

A partir disso, entra em pauta a obsolescência programada – prática de projetar produtos para terem uma vida útil limitada –, a qual desempenha um papel significativo nesse cenário. Em um ambiente em que a pressão por desempenho é predominante, as empresas frequentemente lançam produtos com novas funcionalidades ou atualizações, incentivando o consumo impulsivo. Isso, além de aumentar a demanda por novos produtos, perpetua um ciclo de consumo no qual a substituição rápida se torna normativa.

A constante conectividade digital intensifica a pressão sobre os consumidores, levando não apenas ao consumo compulsivo, mas também à percepção de que estar constantemente atualizado é essencial para o pertencimento social e para a própria identidade. Isso cria um ciclo em que a necessidade de consumo deixa de ser apenas funcional, tornando-se também social e emocional.

Em outras palavras, segundo Lipovetsky, essa identidade, na verdade, revela uma tradição que se encontra em um estado de coletividade apática. O presente domina nossa relação com o passado, do qual só preservamos aquilo que nos convém, o que não contraria abertamente os valores modernos, os gostos pessoais e a nossa consciência (LIPOVETSKY, 2009).

Portanto, a discussão sobre a obsolescência programada, inserida em uma sociedade do desempenho, além de uma transformação nos padrões de consumo, revela um desafio para os sistemas regulatórios, que precisam proteger os consumidores contra práticas que exploram essa dinâmica de maneira prejudicial.

Em outras palavras, a obsolescência programada – a qual está intrinsecamente ligada à necessidade da insatisfação permanente do consumidor para que ele se mantenha cativo e buscando sua felicidade em cada novo produto (LORDON, 2015) – restringe a liberdade de escolha de um sujeito constantemente exposto a informes publicitários. O consumidor não está plenamente ciente de que sua vontade de comprar um produto é, na verdade, criada pelo próprio sistema, que logo desvaloriza o objeto, fazendo com que o indivíduo continue sua busca pela realização de desejos prementes.

Nesse contexto, e com o advento da tecnologia algorítmica, as relações de consumo estão cada vez mais vulneráveis às formas de manipulação e exploração. Isso reforça a necessidade de atualizar e fortalecer as proteções oferecidas pelo CDC, e até mesmo tutelas jurisdicionais que garantam a adequada proteção dos consumidores contra essas perspectivas de consumo. Além disso, faz-se necessário educar o consumidor sobre seu poder de fazer escolhas conscientes em relação aos produtores e aos prestadores de serviços que vão contratar, a fim de equilibrar a relação entre as partes (SILVA, 2011).

Por outro lado, é importante destacar o papel das redes sociais, que, no início deste século, surgiram como espaços destinados à conexão interpessoal, à troca de experiências e ao estabelecimento de laços sociais. No entanto, conforme observado por Byung-Chul Han, a ascensão do capitalismo e o crescente individualismo transformaram essas plataformas em ferramentas mercantis. A busca por validação por meio de likes, seguidores e visualizações impulsionou um poder algorítmico que manipula interações para estimular o consumo.

Esse fenômeno, além de ampliar a comercialização das redes sociais, intensificou a volatilidade das relações humanas na era digital. Zygmunt Bauman expandiu essa ideia com o conceito de "liquidez" nas relações humanas, caracterizando-as como mais efêmeras e superficiais na era digital. Também, discute-se a "Vigilância Líquida", em que a privacidade dos indivíduos é constantemente ameaçada pela coleta massiva de dados e pela supervigilância (BAUMAN, 2013).

Essas observações são relevantes ao direito fundamental de escolha do consumidor e até mesmo para a privacidade, cada vez mais influenciada pela supervigilância algorítmica. Com a Internet das Coisas (IoT) e o Big Data, a coleta e a análise de dados dos consumidores permitem uma personalização extrema dos serviços e produtos oferecidos. Esses dados são utilizados como base para os anúncios algorítmicos exibidos nas páginas da internet. Embora isso possa parecer neutro, acaba proporcionando ao usuário uma experiência mais seletiva e direcionada, de modo que o algoritmo já sabe o que a pessoa deseja adquirir antes mesmo de ela pensar em fazê-lo. Isso permite identificar qual informação deve ser fornecida e de que modo, induzindo e até provocando uma decisão, o que desafia a elasticidade da ética do mercado e do tratamento dos dados, e que acaba, por fim, afetando o direito fundamental de escolha e a autonomia de compra do consumidor (SCHMIDT NETO, 2021).

O controle e a vigilância das buscas no Google, por exemplo, permitem a criação de perfis detalhados. Os consumidores submetem-se voluntariamente a observações panópticas que monitoram e satisfazem suas necessidades em comunicação e comércio, simultaneamente promovendo liberdade controle e manipulação.

Desse modo, sugere-se que a mídia não deve ser vista apenas como uma ferramenta de manipulação que busca um consenso social, mas também como um meio que atrai a razão individual. O raciocínio das pessoas é cada vez mais moldado pelo consumo e pela forma como a informação é apresentada, em vez de se desenvolver através de debates diretos entre os indivíduos. Essa perspectiva convida a delves na complexidade da relação entre a informação e o pensamento crítico.

O Facebook, por sua vez, nunca se limitou a ser uma simples plataforma de interação social, seu propósito sempre incluiu a coleta extensiva de dados dos usuários para personalizar ofertas publicitárias. Da mesma forma, o Twitter transcende a função de uma rede social tradicional ao oferecer serviços pagos, como as "verificações pagas", que prometem converter o aumento de visualizações em posts ou tweets em capital direto. Além disso, o Twitter disponibiliza a opção de adquirir uma assinatura para eliminar anúncios durante a navegação, evidenciando a transformação da interação social em um modelo econômico.

E nesse contexto de conexão, ao usarem *smartphones*, os consumidores carreguem consigo rastreadores, dado que muitos aplicativos requerem a ativação do localizador. Assim, aplicativos de transporte monitoraram rotinas e hábitos, enquanto os de entrega de alimentos podem reconhecer preferências culinárias. Contudo, não são apenas esses aplicativos que realizam essa vigilância, quase todos monitoram de forma frequente as atividades algorítmicas dos consumidores e usuários (SCHMIDT NETO, 2021).

Essa realidade faz com que sejam levantadas questões significativas sobre a privacidade do consumidor. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), sancionada no Brasil em 2018, busca mitigar esses riscos, garantindo que a coleta, o tratamento e o uso de dados pessoais sejam realizados com transparência e consentimento. Nesses casos, o aceite dos “cookies” das páginas da web – que em um primeiro momento sugere uma possível concordância com os “termos” – configura-se, na verdade, como uma imposição. O usuário se vê obrigado a aceitar os cookies, mesmo sem ler, ou, do contrário, não terá “total acesso” à plataforma em questão.

Assim, a capacidade de coletar, processar e tratar dados comportamentais e preferenciais permite que o sistema reconheça as pessoas de maneira tão profunda que, em muitos casos, supera o conhecimento que elas têm de si mesmas e de suas visões distorcidas do *self* autobiográfico. Por exemplo, um consumidor pode não lembrar de um site que visitou há três anos, mas o algoritmo lembra. As ações dos indivíduos tornam-se, então, um mero submetimento da vida a um encadeamento cognitivo literal. Essa é uma das razões pelas quais

a mentalidade digital contemporânea se torna avessa a transformações políticas efetivas, pois acaba deslocando o nível político para o técnico dos automatismos (AMARAL, 2020).

Ao ter acesso a esses dados, é possível identificar ações que servem como causa para reações provocadas, mas não reconhecidas. Consumidores, incapazes de processar esses dados de maneira a calcular prováveis comportamentos, simplesmente confiam, imersos em uma inundação de informações desordenadas. Essa enxurrada de conteúdos e manipulações só gera uma poluição que os cega e confunde na era da hiper informação e hiper comunicação (SCHMIDT NETO, 2021).

Essa manipulação impõe aos sujeitos a compra de determinados bens – ofertados com base nos dados e nos algoritmos presentes nos sistemas de informação da sociedade – antes mesmo de eles refletirem se devem ou não adquirir esses produtos. Nesse universo, os dados passaram a ser tratados como mercadorias, contexto que é materializado por Friedman na afirmação de que “não existe almoço grátis”. Ou seja, na ausência de custo na utilização de um serviço, o custo (ou a mercadoria) serão as próprias pessoas.

A combinação da Sociedade do Desempenho e da Vigilância Líquida cria um ambiente no qual os consumidores estão continuamente expostos a uma inundação de informações e opções personalizadas, e, até mesmo, ao consumismo exacerbado (ora por culpa da obsolescência programada, ora por conta das novas formas de relações consumeristas). Isso não só contribui para o cansaço descrito por Han, mas também desafia a capacidade do consumidor de fazer escolhas conscientes e autodeterminadas, além de priorizar o consumismo individualista exacerbado sobre o coletivo social e a sustentabilidade.

De certo modo, em consonância com as relações atuais de consumo e a teoria de Byung-Chul Han, pode-se observar que a violência neuronal, o excesso de estímulos e a super vigilância acabam por se configurar como sintomas da manipulação algorítmica por meio dos múltiplos impulsos e do excesso com que as pessoas estão conectadas no mundo digital, o que resulta na sociedade do cansaço.

Portanto, para equilibrar os benefícios da tecnologia com os desafios impostos pela sociedade do cansaço, é crucial fomentar uma cultura de conscientização e reflexão sobre o uso de dados e privacidade, além de promover o uso mais saudável, equilibrado, consciente e sustentável da tecnologia voltada às relações sociais e às relações de consumo contemporâneas.

Ao mesmo tempo, é necessário garantir que a legislação consumerista acompanhe essa evolução tecnológica sem criar regulações excessivas. Há um longo caminho a ser percorrido nessa direção, uma vez que, embora sejam novos tempos, por um lado, lidam-se com antigos problemas que foram remodelados e potencializados, e, por outro, enfrentam-se

desafios inéditos que demandam respostas adequadas e dinâmicas (CORRALO; ZANELLA, 2024).

Por fim, a transformação digital deve ser vista como uma oportunidade para melhorar e até otimizar a qualidade de vida, sempre respeitando a ética mercantil, conforme criticado por Sandel, especialmente em sua análise sobre o mercado e a moralidade na sociedade moderna.

CONCLUSÃO

No primeiro capítulo, buscou-se elucidar o termo cunhado por Byung-Chul Han como "sociedade do cansaço". Han argumenta que o poder moderno não se apresenta mais de forma explícita e violenta, mas sim disfarçado de liberdade, levando os indivíduos a uma autoexploração contínua. Esse capítulo examina como essa dinâmica se manifesta na sociedade contemporânea, na qual os indivíduos são pressionados a maximizar sua produtividade e eficiência, resultando em um estado de cansaço crônico e problemas de saúde mental. A teoria de Han é complementada por metáforas do corpo humano, comparando a lógica imunológica do século passado com as dinâmicas sociais. A perspectiva de Foucault sobre a sociedade disciplinar e o panóptico é expandida por Han para incluir a ideia da "sociedade do desempenho". Nesta era, os indivíduos tornam-se seus próprios vigilantes e exploradores, internalizando a cultura de desempenho constante. A análise de Han oferece uma compreensão mais ampla das complexidades do poder, controle e subjetividade, destacando a transição da negatividade das proibições para uma positividade exacerbada de autoexigência e produtividade.

No segundo capítulo, discutiu-se as contribuições acadêmicas científicas sobre a supervigilância algorítmica nas relações de consumo. Explorou-se como a era do Big Data e o consumo digital transformaram profundamente as interações sociais e comerciais. A pressão pelo desempenho não afeta apenas os trabalhadores, mas também os consumidores, que são constantemente compelidos a adquirir bens e serviços para melhorar sua eficiência e seu bem-estar. A manipulação algorítmica e as estratégias de marketing agressivas aumentam a vulnerabilidade dos consumidores, destacando a necessidade de uma proteção jurídica sólida. Além disso, abordam-se a obsolescência programada e a cultura do consumo exacerbado como mecanismos que perpetuam a insatisfação do consumidor e a constante busca por novos produtos. Questões sobre a ética do mercado, conforme discutidas por Michael Sandel, também

são debatidas, aprofundando a análise sobre as implicações morais e sociais do consumo na era digital.

Finalmente, a supervigilância algorítmica e a "modernidade líquida" são destacadas como fatores que desafiam a autonomia e a privacidade do consumidor, reforçando a necessidade de um equilíbrio entre os benefícios da tecnologia e os direitos fundamentais dos indivíduos.

Desse modo, a análise crítica de Byung-Chul Han sobre a "sociedade do cansaço" oferece uma visão penetrante dos efeitos adversos do ideário neoliberal, especialmente evidentes no mundo do trabalho e nas relações de consumo. Este estudo sublinha a percepção de que a ênfase na produtividade desmedida não apenas impacta negativamente a saúde mental dos indivíduos, mas também permeia a cultura organizacional e a comunicação social, aumentando a pressão por desempenho.

Integrar essa perspectiva ao Direito do Consumidor revela-se crucial, pois a legislação oferece uma estrutura principiológica para proteger os vulneráveis contra práticas comerciais abusivas e enganosas que florescem em um ambiente de maximização de lucros. O microsistema do Código de Defesa do Consumidor precisa ser interpretado com o diálogo das fontes que regem a questão, o que inclui o marco civil da internet, a lei geral de proteção de dados e outras legislações protetivas do consumidor, buscando combater a manipulação algorítmica e garantindo que os cidadãos não sejam apenas consumidores compulsivos, mas sim agentes de escolhas informadas e conscientes.

Os resultados da presente análise revelam que a pressão pelo desempenho e a autoexigência exacerbada levam a uma sociedade exausta e sobrecarregada, com sérios impactos na saúde mental, como exemplificado pela Síndrome de Burnout. Além disso, a manipulação algorítmica desafia a capacidade de escolha informada e autônoma dos consumidores, expondo-os a um fluxo incessante de informações personalizadas e opções de consumo que limitam sua autonomia. A análise também destaca a necessidade de fortalecer as proteções oferecidas pelo CDC e pela LGPD a fim de enfrentar os desafios impostos pela economia digital e pela sociedade do cansaço.

A fim de diminuir os efeitos colaterais e as consequências dessa sociedade, sugere-se, aliada à supervigilância algorítmica, a implementação de políticas públicas que promovam um equilíbrio saudável entre trabalho, vida pessoal e consumo. Estudos futuros poderiam explorar estratégias específicas para mitigar a pressão por desempenho e melhorar a saúde mental, como a promoção de práticas de *mindfulness* e bem-estar no local de trabalho.

Entende-se necessário regulamentações mais rigorosas sobre a coleta e o uso de dados pessoais pelos algoritmos, neste mesmo sentido, dedicar-se, ao estudo da regulamentação de práticas comerciais, da sustentabilidade no consumo por parte de grandes empresas, e da equidade e inclusão digital, garantindo democratização do acesso à tecnologia e à educação digital a fim de reduzir a desigualdade e promover a inclusão social.

Conclui-se que é imperativo reavaliar as prioridades sociais, promovendo práticas de trabalho e consumo mais sustentáveis e humanizadas, garantindo que a transformação digital sirva como um catalisador para o bem-estar coletivo e para a sustentabilidade social. Dessa forma, além do sucesso econômico, a performance deve ser medida considerando o bem-estar duradouro e a equidade social.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do; SABARIEGO, Jesús; SALLES, Eduardo Balthazar Carvalho (org.). **Algoritmarismos**. São Paulo/BR, Valência/ES: Tirant lo Blanch, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **"Vida para Consumo"**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **"Vigilância para Consumo"**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CAETANO, Gustavo. A sociedade do cansaço e os impactos (também positivos) da tecnologia. **MIT Technology Review Brasil**. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/a-sociedade-do-cansaco-e-os-impactos-tambem-positivos-da-tecnologia/>. Acesso em 24 maio 2024.

CORRALO, Giovani da Silva; ZANELLA, Fernanda Rotta. Os Direitos do Consumidor e os Códigos Municipais: autonomia local e limites. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto - SP, v. 11, n. 1, p. 335-356, 2024.

FARIAS, L. A.; KÜNSCH, D. A.; AIELLO, T. R. Sociedade do cansaço e ideário neoliberal: a abordagem do tema burnout em mídia de negócios no Brasil. **Signos do Consumo**, São Paulo, v. 14, n. 2, p.1-18, jul./dez. 2022.

Han, Byung-Chul. **"A Sociedade do Cansaço"**. Petrópolis – RJ: Vozes, 2017a.

Han, Byung-Chul. **"Sociedade da transparência"**. Petrópolis – RJ: Vozes, 2017b.

LAZZARATO, Maurizio. **Gobernar a través de la deuda: tecnologías de poder del capitalismo neoliberal**. Buenos Aires: Amorrortu, 2015.

LORDON, Frédéric. **A sociedade dos afetos: por um estruturalismo das paixões**. Tradução: Rodolfo Eduardo Scachetti, Vanina Carrara Sigríst. Campinas: Papirus, 2015.

LIPOVETSKY, G. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

PEREIRA, Gustavo de Lima. **Democracia em desconstrução: da tolerância à hospitalidade no pensamento de Jacques Derrida**. Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2017.

RODRIGUEZ, Arturo S. (31 de março de 1998). «**Statement from Arturo S. Rodriguez, President, United Farm Workers of America, Celebrating Cesar Chavez's Birthday 3/31/98-La Paz, Keene, Calif.**». *Press Releases*. United Farm Workers.

RUSSELL, Bertrand. **Ensaaios éticos**. Tradução de Marisa Mota. Porto Alegre: L&PM, 2014.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHMIDT NETO, André Perin. **O livre-arbítrio na era do Big Data**. 2. ed, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SILVA, Rogério da. A educação e a informação como meio de humanizar as relações de consumo. **Revista Justiça do Direito UPF**, Passo Fundo, v. 25 n. 2, p. 96-108, 2011.

RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS COLECTIVAS E SINGULARES POR CONTRAORDENAÇÃO NO REGIME JURÍDICO (PORTUGUÊS) DAS CONTRAORDENAÇÕES ECONÓMICAS (RJCE)¹

LIABILITY OF LEGAL ENTITIES AND INDIVIDUALS FOR ADMINISTRATIVE OFFENCES IN THE LEGAL REGIME (PORTUGUESE) OF ECONOMIC OFFENCES (LREO)

Gonçalo S. de Melo Bandeira²

RESUMO

Novo Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (RJCE), estabelecido pelo Decreto-Lei 9/2021, visa simplificar e unificar a legislação sobre infracções económicas, criando um quadro comum com coimas proporcionais à gravidade das infracções e ao tamanho das empresas. No entanto, exclui infracções em áreas como ambiente, fiscalidade e segurança social, o que levanta preocupações éticas. A fase instrutória, embora prevista constitucionalmente, é criticada por atrasar os processos e contribuir para a prescrição das infracções, gerando apelos para a sua eliminação dos processos sancionatórios. O artigo 7º do RJCE, que atribui responsabilidade às entidades colectivas por infracções cometidas pelos seus trabalhadores ou representantes, é criticado pela sua interpretação ampla, podendo levar a uma responsabilização objectiva, contrariando os princípios de legalidade e de culpa. O Parecer nº 11/2013, que estende a responsabilidade às entidades colectivas sem a identificação do indivíduo responsável, também é contestado por violar princípios constitucionais fundamentais. Em conclusão, o texto defende uma esmoreita responsabilidade contraordenacional e a revisão dos mecanismos processuais para garantir maior conformidade com os princípios constitucionais de necessidade, adequação e proporcionalidade.

Palavras-chave: responsabilidade; imputação; pessoas colectivas; direito penal e contraordenacional; direito contraordenacional económico; regime jurídico das contraordenações económicas.

ABSTRACT

¹ Decreto-Lei 9/2021, de 29 de Janeiro, Diário da República nº 20/2021, Série I de 2021-01-29, pp. 4 – 206.

² Professor em Direitos Fundamentais e Ciências Jurídico-Criminais na Escola Superior de Gestão do IPCA-*Polytechnic University of Cávado and Ave-Minho-RUN-Regional University Network-European University*, Portugal. Prof.-Convitado v.g. em Mestrados nas Universidades do Porto e Minho. Investigador Integrado no JusGov-*Research Centre for Justice and Governance*, Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Delegado Sindical do Sindicato Nacional do Ensino Superior: gsopasdemelobandeira@ipca.pt Facebook: Gonçalo S. De Mello BANDEIRA (N.C. Sopas). <http://orcid.org/0000-0001-8859-4023>

Este texto é dedicado ao nosso Amigo e Mestre de Gerações no Universo da Lusofonia, para aquém e além-mar, Prof. Mário Frota.

The new Legal Regime for Economic Administrative Offenses (RJCE), established by Decree-Law 9/2021, aims to simplify and unify legislation on economic infractions, creating a common framework with fines proportional to the severity of the infractions and the size of the companies. However, it excludes infractions in areas such as the environment, taxation, and social security, raising ethical concerns. The investigatory phase, although constitutionally mandated, is criticized for delaying proceedings and contributing to the statute of limitations for infractions, leading to calls for its removal from sanctioning processes. Article 7 of the RJCE, which assigns liability to legal entities for offenses committed by their employees or representatives, is criticized for its broad interpretation, which may result in objective liability, contrary to the principles of legality and culpability. Legal Opinion No. 11/2013, which extends liability to legal entities without identifying the individual responsible, is also contested for violating fundamental constitutional principles. In conclusion, the text advocates for a proper approach to administrative liability and the revision of procedural mechanisms to ensure greater conformity with the constitutional principles of necessity, adequacy, and proportionality.

Keywords: liability; imputation; legal entities; criminal and regulatory (administrative) law; economic regulatory (administrative) law; legal framework for economic regulatory (administrative) offenses.

SUMÁRIO

1 – Introdução; 1.1 – Introdução, brevitatis causa; 1.1.1 - Da crítica à aplicação da fase instrutória no processo contraordenacional português; 2 – Responsabilidade pela contraordenação, art. 7º do Regime Jurídico (Português) das Contraordenações Económicas (RJCE); 2.1 – Responsabilidade pela contraordenação, art. 7º do Regime Jurídico (Português) das Contraordenações Económicas (RJCE): Anotação 1; 3 - A Responsabilidade Contraordenacional das Organizações Colectivas no Contexto do Ordenamento Jurídico Português; 3.1 - Primeira questão; 3.2 - Segunda questão; 3.3 – Terceira questão; 3.4 – Quarta questão; 4 – Titulares de órgãos sociais, titulares dos cargos de direcção e chefia, seus trabalhadores, mandatários e representantes; 5 – Conclusões; 6 – Bibliografia activa e passiva.

SUMMARY

1 – Introduction; 1.1 – Introduction, brevitatis causa; 1.1.1 – Criticism of the application of the investigatory phase in the Portuguese administrative offense process; 2 – Responsibility for the administrative offense, Article 7 of the Legal Regime (Portuguese) of Economic Administrative Offenses (RJCE); 2.1 – Responsibility for the administrative offense, Article 7 of the Legal Regime (Portuguese) of Economic Administrative Offenses (RJCE): Annotation 1; 3 – Administrative Responsibility of Collective Organizations within the Context of the Portuguese Legal System; 3.1 – First issue; 3.2 – Second issue; 3.3 – Third issue; 3.4 – Fourth issue; 4 – Holders of governing bodies, holders of managerial and supervisory positions, their workers, proxies, and representatives; 5 – Conclusions; 6 – Active and passive bibliography.

INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei 9/2021, de 29 de Janeiro, aprova o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas. E refere assim no seu preâmbulo com o nosso negrito: «*No*

interesse da maximização do bem-estar, da segurança e da proteção dos direitos dos consumidores, para o regular funcionamento dos mercados e a competitividade da economia e para a promoção da concorrência, é exigida a intervenção reguladora do Estado. § Com o objetivo de promover e defender esses valores, tem vindo a assistir-se a uma dispersão legislativa resultante da multiplicação de legislação enquadradora e reguladora do acesso e do exercício de atividades económicas, a qual, cominando com coima a violação das respetivas disposições, constitui-se como uma fonte de direito contraordenacional em matéria económica. Não obstante o enquadramento comum fixado no Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, constante do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.os 356/89, de 17 de outubro, 244/95, de 14 de setembro, e 323/2001, de 17 de dezembro, e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro, verifica-se uma especial disparidade no que se refere aos regimes sancionatórios previstos nos diversos diplomas que regulam a atividade económica, com particular destaque para os limites mínimos e máximos das coimas, e para a diversidade de autoridades competentes, que podem variar nas distintas fases do processo contraordenacional. O Programa Simplex+2017 integrou a medida Informação Contraordenacional + Simples, no âmbito da qual foi disponibilizado no Balcão do Empreendedor, acessível no Portal ePortugal, um conjunto de informações relativas às infrações de natureza económica e respetivas coimas, com indicação dos limites mínimos e máximos das mesmas por temas, como sejam as condições gerais para o exercício de atividades económicas e as regras de exercício de atividades económicas específicas, as regras aplicáveis à indústria, aos licenciamentos e à segurança de instalações, à liberdade de prestação de serviços, ao comércio e à restauração, ao turismo e às diversas formas de alojamento e, ainda, as regras de fabrico e comercialização de produtos alimentares e de produtos não alimentares. § Esta sistematização permitiu avaliar a necessidade de aprovação de um regime jurídico para as contraordenações económicas, nomeadamente que estabeleça um procedimento comum e que garanta a proporcionalidade das coimas e sanções acessórias aplicáveis, que reconheça a sua especificidade e autonomia face aos demais ilícitos contraordenacionais, com o objetivo de garantir maior segurança jurídica e uniformizar e consolidar o regime contraordenacional aplicável em matéria de acesso e exercício de atividades económicas. § Pretende-se, com o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, essa uniformização e a simplificação dos regimes contraordenacionais aplicáveis em matéria de acesso e exercício de atividades económicas, ao longo das cadeias de produção e de distribuição, acautelando não só a eficiência desejada quanto à tramitação dos processos de contraordenação, mas também estabelecendo um regime substantivo e um regime adjetivo comuns aos ilícitos

contraordenacionais económicos, que reflitam a ponderação dos vários princípios subjacentes à teleologia do direito sancionatório económico, no respeito dos direitos procedimentais e processuais dos operadores económicos. § Atentas as especificidades da sua natureza, bem como os regimes aplicáveis a nível nacional e a nível europeu ou internacional, **importa explicitar que, para efeitos do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, não constituem contraordenações económicas, nomeadamente, as contraordenações nos setores ambiental, financeiro, fiscal e aduaneiro, das comunicações, da concorrência e da segurança social.** § Em consonância com outros regimes contraordenacionais setoriais, o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas prevê a classificação das contraordenações, em função da sua gravidade, como “leves”, “graves” e “muito graves”, sendo os limites mínimos e máximos da coima a aplicar determinados pela dimensão das pessoas coletivas, distinguindo-as entre micro, pequena, média e grande empresa, de acordo, no essencial, com os critérios constantes da Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de maio de 2003. § Quanto à referida disparidade das coimas aplicáveis, e realizada uma ponderação sistemática dos vários bens jurídicos tutelados, estas são agora objeto de revisão, segundo o necessário juízo de proporcionalidade. Assim, estabelecem-se novos limites mínimos e máximos das coimas, tendo presente não só a desatualização dos montantes previstos no artigo 17.º do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, mas também o valor de muitas das coimas fixadas em legislação avulsa. § Determina-se que a tentativa é punível nas contraordenações económicas graves e muito graves, sendo os limites mínimos e máximos da respetiva coima reduzidos para metade. § No que concerne às contraordenações muito graves e graves, os limites mínimo e máximo da coima a aplicar são elevados para o dobro quando, pela sua ação ou omissão, o infrator tenha causado dano na saúde ou segurança das pessoas ou bens, bem como quando o agente retire da infração um benefício económico calculável superior ao limite máximo da coima e não existirem outros meios de o eliminar. § É estabelecido o regime da advertência para as infrações leves, permitindo à autoridade administrativa optar por não prosseguir com o processo de contraordenação, quando o autuado não tenha sido advertido ou condenado nos últimos três anos por uma contraordenação económica. Nestas situações, o autuado é apenas advertido para o cumprimento da obrigação não constituindo, todavia, a aplicação deste mecanismo jurídico uma decisão condenatória. § **A fase instrutória, não contemplada no Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, passa a estar expressamente prevista no presente regime, nomeadamente, sendo determinado que a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica é a entidade competente, subsidiariamente, para fiscalizar, instruir e decidir das**

contraordenações económicas, ao mesmo tempo que se institui a regra de que o autuante ou participante não podem exercer funções instrutórias no mesmo processo, em observância do princípio da imparcialidade. § Por outro lado, também a evolução do direito contraordenacional económico, quer pelo valor das coimas abstratamente aplicáveis, quer pelas consequências para o arguido das sanções acessórias previstas, tem como efeito uma restrição significativa, potencial ou efetiva, no âmbito dos direitos fundamentais dos arguidos.

§ Não se afigura, por isso, suficiente, para garantir o acesso ao direito e ao processo equitativo, cometer à autoridade administrativa, no uso dos seus poderes discricionários, a possibilidade de nomear defensor “sempre que as circunstâncias do caso revelarem a necessidade ou a conveniência de o arguido ser assistido”, **ficando, assim, prevista a obrigatoriedade de constituição de mandatário na fase judicial do processo de contraordenação, sempre que o valor da coima aplicável exceda a alçada dos tribunais judiciais de primeira instância.** § Por outro lado, nas situações de pagamento voluntário da coima, o presente regime estabelece duas grandes inovações ao determinar a redução em 20 % do montante mínimo da coima a cobrar, independentemente da classificação das infrações, e o pagamento de custas pela metade quando o arguido realize o pagamento durante o prazo concedido para apresentação de defesa.

§ A celeridade e a eficiência que se almejam na simplificação da tramitação dos processos de contraordenação são reforçadas com a instituição do referido regime de advertência; com a simplificação do regime das notificações, ao passar a prever-se a possibilidade de notificar o arguido por carta simples ou por correio eletrónico; com a simplificação do conteúdo das decisões administrativas; e com a cobrança coerciva da decisão condenatória que não tenha sido objeto de impugnação judicial e que siga os termos da execução fiscal. **Estabeleceu-se, também, a regra da continuidade dos prazos, sendo, neste domínio, aplicáveis as regras do Código de Processo Penal, com as necessárias adaptações. Consagrou-se, ainda, a possibilidade de todo o procedimento contraordenacional ser tramitado eletronicamente.** § Finalmente, instituiu-se a possibilidade de atenuação da medida da coima quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores à prática da contraordenação ou contemporâneas desta que diminuam de forma acentuada **a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade de aplicação de coima.** Sem prejuízo desta solução, prevê-se, igualmente, que tal atenuação terá sempre lugar nos casos em que o arguido repare, até onde for possível, os danos causados aos particulares, caso existam, e cesse a conduta ilícita objeto da contraordenação ou contraordenações cuja prática lhe foi imputada, se a mesma ainda subsistir.

§ O n.º 1 do artigo 325.º da Lei n.º 2/2020, de 31 de março, alterada pelas Leis n.os 13/2020, de 7 de maio, e 27-A/2020, de 24 de julho, que aprova o Orçamento do Estado para

2020, prescreve que o Governo fica autorizado a aprovar o regime jurídico das contraordenações em matéria económica e, nesse âmbito, definir o conceito de contraordenação económica, cominar para tais contraordenações uma coima e tipificar comportamentos que se enquadrem naquele conceito. Nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, a autorização legislativa em causa caduca a 31 de dezembro de 2020. § Foram ouvidos a Associação Nacional de Municípios Portugueses, a Associação Nacional de Freguesias, os órgãos de governo próprio da Região Autónoma da Madeira, a Ordem dos Advogados, a Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, o Conselho Superior da Magistratura, o Conselho Superior do Ministério Público, a Autoridade da Concorrência, a Comissão Nacional de Proteção de Dados, o Conselho Nacional de Supervisores Financeiros, a Autoridade Nacional de Comunicações, bem como as confederações e as associações representativas dos respetivos setores. § Foi promovida a audição dos órgãos de governo próprio da Região Autónoma dos Açores e do Conselho Nacional do Consumo».

1.1 INTRODUÇÃO, *BREVITATIS CAUSA*

O Decreto-Lei 9/2021, de 29 de Janeiro, aprova o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas com o objetivo de unificar e simplificar a legislação relacionada às infrações económicas. Visa garantir a segurança jurídica, eficiência e proporcionalidade das sanções aplicáveis em actividades económicas. O regime define coimas para infrações «leves», «graves» e «muito graves», levando em conta o porte das empresas. Inclui um procedimento comum para processos de contraordenação, introduz a fase instrutória e permite a tramitação electrónica dos processos. Também estabelece benefícios para o pagamento voluntário de coimas e a possibilidade de atenuação das sanções em certas circunstâncias. O regime exclui contraordenações em áreas como ambiente, fiscal e segurança social, e foi desenvolvido com consulta a diversas entidades representativas. Tem uma lacuna importante, todavia, como é supramencionado: para efeitos do RJCE-Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, não constituem contraordenações económicas, nomeadamente, as contraordenações nos sectores ambiental, financeiro, fiscal e aduaneiro, das comunicações, da concorrência e da segurança social. Ou seja, existem «umas contraordenações mais iguais do que outras», parafraseando um chavão popular que inclusive, para lá de jurídico, é também ético-filosófico.

1.1.1 Da crítica à aplicação da fase instrutória no processo contraordenacional português³

Sendo certo que a instrução está prevista na Constituição Portuguesa - art. 32º CRP (Garantias criminais) -, pois entre as garantias do processo criminal se refere o seguinte: «4. *Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais.* § 5. *O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*». E por outro lado, o art. 32º/10 da Constituição refere o seguinte: «*Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*». Também é certo que a mesma instrução contribui para o aumento de tempo dos processos. E, em alguns casos, contribui para a prescrição dos próprios processos. O excesso de lentidão na justiça viola de modo claro o art. 20º da Constituição Portuguesa, quanto ao desrespeito pelos prazos razoáveis e sua celeridade.⁴ O que afecta direitos (deveres), liberdades e garantias dos cidadãos e das pessoas. A justiça é também um bem jurídico colectivo, designadamente na sua prevenção geral positiva. Vejamos o que se passa no processo criminal contemporâneo português. No ordenamento jurídico português, os direitos e deveres dos arguidos criminais podem ser resumidos em três fases principais no processo penal: 1. Inquérito – destinado a investigar a prática dum crime e identificar os responsáveis, culminando com a acusação ou o arquivamento do caso; 2. Instrução – uma fase opcional, solicitada pelo arguido, pelo assistente ou pelo queixoso, onde o juiz decide se o caso vai a julgamento; 3. Julgamento – ocorre na audiência onde os factos são discutidos e decididos. Dada a existência de vários megaprocessos criminais em Portugal onde se tem solicitado a fase de instrução, esta etapa merece atenção. Prevista no Código de Processo Penal (CPP), a instrução serve para verificar se a acusação ou o arquivamento têm fundamento suficiente para levar o caso a julgamento. É uma fase opcional e não se aplica a processos criminais especiais (artigos 286º a 310º do CPP). A instrução pode ser requerida pelo arguido ou pelo assistente

³ Bandeira, Gonçalo S. de Melo, Instrução Penal Lusa Corrompida na UE?, Diário do Minho, Braga, 22/3/2019.

⁴ Cfr. art. 20º, Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva: «1. *A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.* / 2. *Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.* / 3. *A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça.* / 4. *Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.* / 5. *Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*». Bandeira, Gonçalo S. de Melo, Lentidão na Justiça: o Estado a contestar com má fé?, Diário do Minho, Braga, 17/2/2023.

no prazo de 20 dias após a notificação da acusação ou arquivamento (art. 287º CPP). A condução da instrução cabe a um juiz, assistido pela polícia, que pode realizar vários actos instrutórios e obrigatoriamente realiza um debate instrutório (art. 288º e 289º CPP), onde participam o Ministério Público, arguido, defensor e assistente, mas não as partes civis. Comparando com outros sistemas europeus, como o alemão e o austríaco, a instrução é bem mais simplificada. Na Alemanha, após o inquérito, o tribunal apenas analisa a acusação para decidir se há provas suficientes para avançar para julgamento, sendo o processo mais rápido e eficaz. Na Áustria, o sistema é ainda mais simples, com etapas claras e rápidas. Em contraste, a instrução no sistema português é vista por muitos como um processo que torna os casos criminais mais lentos e complexos, beneficiando arguidos mais poderosos com absolvições por prescrição ou erros processuais. Uma alternativa sugerida seria adoptar sistemas mais eficientes, como os modelos alemão ou austríaco. Como conclusão diríamos que a ser feita uma revisão constitucional neste campo, se esse for o caminho, é acabar com a instrução no processo criminal, mas também contraordenacional ou até disciplinar. Salvo se a legislação ordinária considerar possível um equilíbrio de concordância prática entre os art.s 20º e 32º/4 e 5 e 10, nos estritos termos de restrição necessária, adequada e proporcional, que estão previstos no art. 18º da mesma Constituição. Ou seja, a intervenção do Estado é mínima e gradual, considerando que os direitos (deveres), liberdades e garantias, podem ser restringidos na estrita medida da salvaguarda de outros tantos direitos (deveres), liberdades e garantias. E se isso estiver previsto na própria Constituição. De modo mínimo e gradativo.

2 RESPONSABILIDADE PELA CONTRAORDENAÇÃO, ART. 7º DO REGIME JURÍDICO (PORTUGUÊS) DAS CONTRAORDENAÇÕES ECONÓMICAS (RJCE)

*«1 - São responsáveis pela prática de contraordenação as **peçoas singulares ou coletivas, ainda que irregularmente constituídas, as associações sem personalidade jurídica e quaisquer outras entidades equiparadas** que pratiquem o facto constitutivo da mesma ou, no caso de omissão, que não tenham praticado a ação adequada a evitá-lo, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido. §*

*2 - As **peçoas coletivas, as associações sem personalidade jurídica e quaisquer outras entidades equiparadas**, referidas no número anterior, são **responsáveis pelas infrações cometidas em atos praticados, em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, pelos titulares dos cargos de direção e chefia e pelos seus trabalhadores, desde que***

atuem no exercício das suas funções ou por causa delas, bem como pelas infrações cometidas por mandatários e representantes, em atos praticados em seu nome ou por sua conta».

2.1 RESPONSABILIDADE PELA CONTRAORDENAÇÃO, ART. 7º DO REGIME JURÍDICO (PORTUGUÊS) DAS CONTRAORDENAÇÕES ECONÓMICAS (RJCE): ANOTAÇÃO 1

No nr. 1 do art. 7º do RJCE faz-se a equiparação entre a responsabilidade contraordenacional individual das pessoas singulares (pessoas físicas) e a responsabilidade contraordenacional colectiva das pessoas colectivas, organizações ou pessoas jurídicas, entidades colectivas ou entes colectivos (ainda que irregularmente constituídas, as associações sem personalidade jurídica e quaisquer outras entidades equiparadas). Já no nr. 2 do mesmo art. 7º do RJCE está prevista a chamada responsabilidade cumulativa entre, por um lado, a responsabilidade das «... pessoas coletivas, as associações sem personalidade jurídica e quaisquer outras entidades equiparadas, referidas no número anterior...» e, por outro lado, dos «... titulares dos seus órgãos sociais, pelos titulares dos cargos de direcção e chefia e pelos seus trabalhadores, desde que atuem no exercício das suas funções ou por causa delas, bem como pelas infrações cometidas por mandatários e representantes, em atos praticados em seu nome ou por sua conta...». Em rigor a responsabilidade é derivada das pessoas singulares para as pessoas colectivas. «*Em seu nome*» significa que é dentro das funções que a pessoa singular tem na pessoa colectiva. Acção ou omissão inserida no respectivo departamento. Salvo se ficasse provado que haveria ordens cruzadas e/ou em diagonal. Já «*por sua conta*» significa no «*interesse colectivo*», ou seja, que o benefício tem que ser para a pessoa colectiva. Pelo que, se o benefício é da pessoa singular, não pode a pessoa colectiva ser por isso sancionada. Salvo, ainda assim, se houver contradições claras.

3 A RESPONSABILIDADE CONTRAORDENACIONAL DAS ORGANIZAÇÕES COLECTIVAS NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS⁵

⁵ Bandeira, G.S., RESPONSABILIDADE PENAL E CONTRAORDENACIONAL DAS ORGANIZAÇÕES COLECTIVAS, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica, 108, Ad Honorem - 8, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Presidente do Tribunal Constitucional, Volume I, Direito Penal, Organizadores: José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo, Sersilito-Empresa Gráfica Lda, Edição Apoiada pela Fundação Eng. António de Almeida, Universidade de Coimbra, Institutvo Ivridico, Coimbra, 2017, pp. 129-148;

3.1 PRIMEIRA QUESTÃO⁶

É fundamental destacar que o artigo 7º do RGCO-Regime Geral das Contraordenações tem uma correspondência com o artigo 30º da OWiG-*Ordnungswidrigkeitengesetz*.⁷ Baseando-se na história, no objetivo e no texto da norma, este é o ponto de partida da nossa análise. A palavra «contraordenação» foi adaptada pela Escola de Direito de Coimbra, com destaque para Manuel da Costa Andrade, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ex-Deputado durante cerca de 22 anos, ex-Presidente e Juiz-Conselheiro do Tribunal Constitucional. Não há divergências significativas entre os principais doutrinadores de que a responsabilização das «pessoas coletivas» no Regime

⁶ Os problemas permanecem exactamente os mesmos, pelo que é necessário recordar para continuar a tentar resolver as questões em causa do ponto de vista jurídico-científico da concretização da Justiça.

⁷ Cfr. art. 7 do RGCO, Da responsabilidade das pessoas colectivas ou equiparadas: «1 - As coimas podem aplicar-se tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas, bem como às associações sem personalidade jurídica. § 2 - As pessoas colectivas ou equiparadas serão responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções», DL 433/82, de 27/10, com alterações até Lei 109/2001, de 24/12. Cfr. o art. 30º Regime Jurídico Alemão das Contraordenações (OWiG-*Ordnungswidrigkeitengesetz*): «Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) § 30 Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen § (1) Hat jemand §1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs, § 2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes, § 3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft, § 4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder § 5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört, eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden. § (2) Die Geldbuße beträgt § 1. im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu zehn Millionen Euro, § 2. im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünf Millionen Euro. § Im Falle einer Ordnungswidrigkeit bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße nach dem für die Ordnungswidrigkeit angedrohten Höchstmaß der Geldbuße. Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so verzehnfacht sich das Höchstmaß der Geldbuße nach Satz 2 für die im Gesetz bezeichneten Tatbestände. Satz 2 gilt auch im Falle einer Tat, die gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist, wenn das für die Ordnungswidrigkeit angedrohte Höchstmaß der Geldbuße das Höchstmaß nach Satz 1 übersteigt. § (2a) Im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung (§ 123 Absatz 1 des Umwandlungsgesetzes) kann die Geldbuße nach Absatz 1 und 2 gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden. Die Geldbuße darf in diesen Fällen den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße nicht übersteigen. Im Bußgeldverfahren tritt der Rechtsnachfolger oder treten die Rechtsnachfolger in die Verfahrensstellung ein, in der sich der Rechtsvorgänger zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Rechtsnachfolge befunden hat. § (3) § 17 Abs. 4 und § 18 gelten entsprechend. § (4) Wird wegen der Straftat oder Ordnungswidrigkeit ein Straf- oder Bußgeldverfahren nicht eingeleitet oder wird es eingestellt oder wird von Strafe abgesehen, so kann die Geldbuße selbständig festgesetzt werden. Durch Gesetz kann bestimmt werden, daß die Geldbuße auch in weiteren Fällen selbständig festgesetzt werden kann. Die selbständige Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Straftat oder Ordnungswidrigkeit aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann; § 33 Abs. 1 Satz 2 bleibt unberührt. § (5) Die Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung schließt es aus, gegen sie wegen derselben § Tat die Einziehung nach den §§ 73 oder 73c des Strafgesetzbuches oder nach § 29a anzuordnen. § (6) Bei Erlass eines Bußgeldbescheids ist zur Sicherung der Geldbuße § 111e Absatz 2 der Strafprozessordnung mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des Urteils der Bußgeldbescheid tritt».

Geral das Contraordenações (RGCO) é consideravelmente mais restrita do que a estabelecida, v.g., no artigo 11º do Código Penal.⁸ Apenas as acções, ou em certos casos, omissões dos órgãos no desempenho de suas funções, podem gerar responsabilidade para a pessoa coletiva, organização ou entidade similar. Há anos chamamos a atenção para uma «nova» disparidade, assim como antes de 2007 já apontávamos a «antiga» diferença entre o artigo 7º do RGIT⁹ e o artigo 7º do RGCO no que se refere às infracções contraordenacionais.

3.2 SEGUNDA QUESTÃO

⁸ Cfr. art. 11º do CP: «Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas: § 1 - Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal. § 2 - As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 144.º-B, 150.º, 152.º-A, 152.º-B, 156.º, 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 177.º, 203.º a 206.º, 209.º a 223.º, 225.º, 226.º, 231.º, 232.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 359.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 377.º, quando cometidos: § a) Em seu nome ou por sua conta e no seu interesse direto ou indireto por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou § b) Por quem aja em seu nome ou por sua conta e no seu interesse direto ou indireto, sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior, em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. § 3 - (Revogado). § 4 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade, incluindo os membros não executivos do órgão de administração e os membros do órgão de fiscalização. § 5 - Para efeitos de responsabilidade criminal consideram-se entidades equiparadas a pessoas colectivas as sociedades civis e as associações de facto. § 6 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito. § 7 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes. § 8 - A cisão e a fusão não determinam a extinção da responsabilidade criminal da pessoa colectiva ou entidade equiparada, respondendo pela prática do crime: § a) A pessoa colectiva ou entidade equiparada em que a fusão se tiver efectivado; e § b) As pessoas colectivas ou entidades equiparadas que resultaram da cisão. § 9 - Sem prejuízo do direito de regresso, as pessoas que ocupem uma posição de liderança são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das multas e indemnizações em que a pessoa colectiva ou entidade equiparada for condenada, relativamente aos crimes: § a) Praticados no período de exercício do seu cargo, sem a sua oposição expressa; § b) Praticados anteriormente, quando tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou entidade equiparada se tornou insuficiente para o respectivo pagamento; ou § c) Praticados anteriormente, quando a decisão definitiva de as aplicar tiver sido notificada durante o período de exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento. § 10 - Sendo várias as pessoas responsáveis nos termos do número anterior, é solidária a sua responsabilidade. § 11 - Se as multas ou indemnizações forem aplicadas a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por elas o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados». Código Penal português, DL 48/95, de 15/3, com alterações até Lei 94/2021, de 21/12.

⁹ Cfr. art. 7º do RGIT, Lei 15/2001, de 5/6, com alterações até à Lei n.º 81/2023, de 28/12: «Responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas: § 1 - As pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são responsáveis pelas infracções previstas na presente lei quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e no interesse colectivo. § 2 - A responsabilidade das pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito. § 3 - A responsabilidade criminal das entidades referidas no n.º 1 não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes. § 4 - A responsabilidade contra-ordenacional das entidades referidas no n.º 1 exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes. § 5 - Se a multa ou coima for aplicada a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por ela o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados».

O «Parecer nº 11/2013», do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, Ministério Público, apresentou as seguintes conclusões : «1. O ilícito de mera ordenação social corresponde a uma censura de natureza social e administrativa cujo fundamento dogmático é a subsidiariedade do Direito Penal e a necessidade de sancionar comportamentos ilícitos mas axiologicamente neutros. Do ponto de vista teleológico, as contraordenações são uma medida de proteção da legalidade, o que justifica a maior flexibilidade na análise dos pressupostos da imputação, designadamente da culpa, que é diferente da culpa penal. § 2. Atualmente é pacificamente admitida a responsabilização criminal das pessoas coletivas em certos tipos penais. No Direito das contraordenações, contudo, a responsabilidade das pessoas coletivas é um princípio geral que decorre do artigo 7.º do Regime Geral das Contraordenações, que constitui uma regra geral de imputação, com inúmeras concretizações em regimes especiais. § 3. O Regime Geral das Contraordenações consagra um regime de imputação restritivo, no número 2 do artigo 7.º, ao limitar a responsabilidade das pessoas coletivas às contraordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções, ao contrário do que acontece na maioria dos regimes especiais (artigo 551.º do Código do Trabalho, artigo 7.º do Regime Geral das Infrações Tributárias, número 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, número 2 do artigo 401.º do Código dos Valores Mobiliários, número 1 do artigo 73.º da Lei da Concorrência, e número 2 do artigo 8.º da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais). § 4. O preceito do número 2 do artigo 7.º do Regime Geral das Contraordenações deve ser interpretado extensivamente, como, aliás, tem sido feito pela jurisprudência, incluindo do Tribunal Constitucional, de modo a incluir os trabalhadores, os administradores e gerentes e os mandatários ou representantes da pessoa coletiva ou equiparada, desde que atuem no exercício das suas funções ou por causa delas. § 5. A responsabilidade contraordenacional das pessoas coletivas assenta numa imputação direta e autónoma, quer o fundamento dessa responsabilidade se encontre num “defeito estrutural da organização empresarial” (defective corporate organization) ou “culpa autónoma por défice de organização”, quer pela imputação a uma pessoa singular funcionalmente ligada à pessoa coletiva, mas que não precisa de ser identificada nem individualizada. § 6. A imputação da infração à pessoa coletiva resulta de se considerar autor desta o sujeito que tiver violado (por ação ou por omissão) a proibição legal ou o dever jurídico cuja violação a lei comina com contraordenação, solução que é coerente com o facto de no Direito contraordenacional a ilicitude não assentar numa censura ético-jurídica mas sim na violação de um dever legal. § 7. O artigo 7.º do Regime Geral das Contraordenações adota a responsabilidade autónoma, tal como os regimes especiais em matéria laboral (artigo 551.º do

Código do Trabalho), tributária (artigo 7.º do Regime Geral das Infrações Tributárias), económica (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro), de valores mobiliários (artigo 401.º do Código dos Valores Mobiliários), de concorrência (artigo 73.º da Lei da Concorrência) e de contraordenações ambientais (artigo 8.º da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais), pelo que não é necessária a identificação concreta do agente singular que cometeu a infração para que a mesma seja imputável à pessoa coletiva».

Com o devido respeito – que é máximo pelos profissionais do Direito, razão pela qual se fazem estas observações – de forma clara e directa, consideramos (no passado e agora de modo renovado) que as conclusões do «*Parecer n.º 11/2013*» do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, Ministério Público, violam o Princípio Fundamental Constitucional da Legalidade, particularmente no que se refere à Legalidade Contraordenacional, em conformidade com o art. 29º/1¹⁰ da Constituição da República Portuguesa (CRP) e o art. 32º/10 da CRP¹¹. Esta violação é também evidente na lei ordinária, como no artigo 1º do Código Penal (CP), além dos artigos 2º, 32º e 41º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO).¹² Adicionalmente, podemos apontar a violação do Princípio Fundamental Constitucional da Culpa, mencionado no art. 13º do CP¹³ e no art. 8º do RGCO¹⁴. Deste modo, tanto a CRP quanto a lei ordinária ditam que o nº 2 do art. 7º do RGCO não deve ser interpretado de forma extensiva, como proposto no Parecer, algo que, inclusive, não é pacífico na jurisprudência. Tal interpretação não deve incluir trabalhadores, administradores, gerentes, mandatários ou representantes da pessoa coletiva – sejam organizações ou entidades colectivas – mesmo que actuem no exercício das suas funções ou em razão delas. A responsabilidade contraordenacional das pessoas colectivas, sejam organizações ou entidades,

¹⁰ Cfr. «*Aplicação da lei criminal*», Princípio da Legalidade Criminal, art. 29º/1 da CRP: «1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior».

¹¹ Cfr. «*Garantias de processo criminal*», art. 32º/10 da CRP: «Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa».

¹² Cfr. artigos 2º, 32º e 41º do RGCO. Art. 2º, Princípio da Legalidade: «Só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática»; art. 32º, Do Direito Subsidiário, «Em tudo o que não for contrário à presente lei aplicar-se-ão subsidiariamente, no que respeita à fixação do regime substantivo das contra-ordenações, as normas do Código Penal»; art. 41º, Direito Subsidiário, «1 - Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal. / 2 - No processo de aplicação da coima e das sanções acessórias, as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para o processo criminal, sempre que o contrário não resulte do presente diploma».

¹³ Cfr. art. 13º do CP, Dolo e Negligência, «Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência».

¹⁴ Cfr. art. 8º do RGCO, Dolo e Negligência, «1 - Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência. / 2 - O erro sobre elementos do tipo, sobre a proibição, ou sobre um estado de coisas que, a existir, afastaria a ilicitude do facto ou a culpa do agente, exclui o dolo. / 3 - Fica ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais».

não deve basear-se numa imputação directa ou autónoma. A fundamentação para essa responsabilidade não pode residir num «*defeito estrutural da organização empresarial*» (a origem das contraordenações não é anglo-americana, mas germânica, conforme a *Ordnungswidrigkeitengesetz*) ou numa «*culpa autónoma por défice de organização*». Caso contrário, estaríamos a admitir uma responsabilidade objectiva, que prescinde da culpa, e isso seria contrário à CRP. E, claro, contra o Estado de Direito, democrático, social, livre e verdadeiro. Como já ficou claro, imputação é uma coisa, responsabilidade é outra. A imputação a uma pessoa singular ligada a uma entidade colectiva deve ser identificada e individualizada previamente, respeitando os princípios de necessidade, adequação, proporcionalidade e intervenção mínima, e gradativa, sancionatória do Estado, conforme o art. 32º/10 da CRP. Hans-Heinrich Jescheck, num alerta mais radical do ponto de vista dogmático, chamou a atenção para o perigo de uma «*burla de etiquetas*» até nas contraordenações. O jurista alemão considerava que a sanção contraordenacional imposta às organizações ou entidades colectivas como uma coima derivada da imputação a um órgão de um delito ou infracção administrativa (contraordenacional), submetida a uma «*culpa pela organização*», está tão pouco justificada como a pena criminal em sentido estrito, pois ambas pressupõem uma culpa pessoal e expressam um juízo de desvalor. Não podemos interpretar o art. 7º do RGCO de forma sociológica, como faz o Parecer 11/2013. Embora a Sociologia do Direito tenha enorme relevância teórica e prática, ela não está acima dos Direitos e Deveres Fundamentais, nem da actual CRP, que sustentam o Estado de Direito democrático e social. Além disso, essa interpretação não está em sintonia com o art. 9º do Código Civil, onde, apesar da história e teleologia terem importância, o elemento literal permanece um pilar essencial da segurança e certeza jurídicas.¹⁵ Mais claro e transparente seria impossível no que diz respeito à interpretação séria, iluminista, racional. Sem prejuízo dum diálogo entre fé e razão, nada melhor do que a verdades dos factos. Quanto ao argumento do Parecer sobre a imputação da infracção à pessoa colectiva, que se baseia na violação de uma proibição legal ou dever jurídico, destacamos dois pontos: 1º, o Parecer admite que é necessário identificar o «*sujeito*» que cometeu a infracção, seja por acção ou omissão; 2º, no Direito contraordenacional, especialmente em casos de «*burla de etiquetas*», não é correcto dizer que não há censura ético-jurídica, pois afirmar que todas as

¹⁵ Cfr. art. 9º do Código Civil português, Interpretação da Lei: «1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. / 2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. / 3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados».

contraordenações são axiologicamente neutras é incoerente, dado que certas coimas podem ser mais gravosas do que as próprias multas penais. Por fim, a conclusão nº 7 do Parecer, que dispensa a identificação concreta do agente singular que cometeu a infracção para que a responsabilidade seja imputada à pessoa colectiva, não se coaduna com os princípios constitucionais da legalidade e da culpa. Esses princípios exigem a identificação prévia e concreta do agente para que a organização ou entidade colectiva possa ser responsabilizada. Tal premissa surge como evidente do ponto de vista dos factos reais e concretos.

3.3 TERCEIRA QUESTÃO

Será por causa disto, e de outras situações semelhantes, que o legislador nos regimes contraordenacionais especiais – como o laboral, tributário, da segurança social, bancário, entre outros – começou a declarar, de forma clara e directa, tão «positivista» que é (mas com pouca atenção ao contexto histórico e teleológico...), que, por regra, «*a negligência é sempre punível*»? Onde fica, então, o art. 18º da Constituição da República Portuguesa (CRP)¹⁶, cujos princípios são tão rejeitados pelos regimes autoritários e totalitários, como foi o caso da Constituição Portuguesa de 1933, embora tendo isso que ser enquadrado no advento do nazismo e comunismo europeus como blocos partidos e onde Portugal escapou à II Grande Guerra Mundial, evitando-se, por certa arte governativa, o extermínio de milhões de portugueses cristãos-novos com mistura de sangue judeu inclusive e por exemplo? Foi simplesmente esquecido? E os supramencionados art. 13º do Código Penal (CP), ou o art. 8º/1 do Regime Geral das Contraordenações (RGCO)? E o art. 32º/10 da CRP? Ou será que a «cobrança de coimas» passou a ser uma nova forma de arrecadação de «impostos» e «taxas» «*ainda por assumir e confessar*» em pleno? Não estaria isso a violar o Princípio da Legalidade Tributária,

¹⁶ Cfr. art. 18º da CRP, Força Jurídica, «1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. / 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. / 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais».

e consequentemente o art. 103º da CRP,¹⁷ ou mesmo o art. 104º da CRP¹⁸ no seu conjunto? Sem mencionar o art. 165º/1, alínea i) da CRP?¹⁹

3.4 QUARTA QUESTÃO

Não é correcta, por isso, a interpretação extensiva do art. 7º do RGCO apresentada no Parecer nº 11/2013 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, assim como toda a jurisprudência que segue essa mesma linha equivocada. Outra questão é a responsabilidade dos membros do órgão consultivo ou fiscalizador de uma organização ou ente coletivo – «*pessoa coletiva*» – pelos actos de contraordenação, desde que seja da sua competência garantir o cumprimento da lei e dos estatutos da entidade. Esses membros podem ser responsabilizados tanto por acção como por omissão, sendo que a falta de intervenção ou de participação numa deliberação que, por exemplo, aprova um relatório de gestão e contas, pode representar «*uma forma mais grave de incumprimento do dever*». Nesses casos, pode-se imputar a responsabilidade à organização ou ente colectivo, desde que sejam cumpridos todos os requisitos estabelecidos pela Constituição da República Portuguesa (CRP), pelo Princípio da Legalidade, pelo Princípio da Culpa, pelos artigos 32º e 41º do do RGCO e, em especial, pelo art. 32º, com destaque do nr. 10 da CRP.

4 TITULARES DE ÓRGÃOS SOCIAIS, TITULARES DOS CARGOS DE DIRECÇÃO E CHEFIA, SEUS TRABALHADORES, MANDATÁRIOS E REPRESENTANTES

As figuras descritas representam diversos papéis dentro duma organização, empresa, pessoa colectiva, com responsabilidades e funções específicas. Aqui está a definição de cada uma: a) Titulares de órgãos sociais: são os membros que ocupam cargos de

¹⁷ Cfr. art. 103º CRP, Sistema Fiscal, «1. O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza. / 2. Os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes. / 3. Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroativa ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei».

¹⁸ Cfr. art. 104º CRP, Impostos, «1. O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar. / 2. A tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real. / 3. A tributação do património deve contribuir para a igualdade entre os cidadãos. / 4. A tributação do consumo visa adaptar a estrutura do consumo à evolução das necessidades do desenvolvimento económico e da justiça social, devendo onerar os consumos de luxo».

¹⁹ Cfr. art. 165º/1 i), Reserva relativa de competência legislativa, «1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: (...) i) Criação de impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas».

administração, fiscalização ou direcção dentro duma organização, como o conselho de administração, a assembleia geral, o conselho fiscal. Estes órgãos são responsáveis por tomar decisões estratégicas e de gestão, assegurar a supervisão e garantir o cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis. Exemplos incluem o presidente da direcção ou os membros do conselho de administração; b) Titulares dos cargos de direcção e chefia: são as pessoas responsáveis pela gestão directa e operacional duma organização, sectores ou departamentos específicos. Estes indivíduos têm a função de coordenar, organizar e supervisionar as actividades diárias, assegurando que as políticas e as metas definidas pelos órgãos sociais sejam implementadas. Podem ser directores de departamentos ou chefes de secção, com responsabilidade sobre outros trabalhadores; c) Seus trabalhadores: refere-se a todos os funcionários ou colaboradores que prestam serviços à organização, independentemente do tipo de vínculo contratual. Estes trabalhadores executam as actividades diárias da empresa ou organização, seguindo as directrizes estabelecidas pelos titulares de cargos de chefia e direcção; d) Mandatários: são pessoas ou entidades que recebem um mandato para actuar em nome duma organização ou doutra pessoa. Estes indivíduos ou entidades são autorizados a tomar decisões ou realizar acções específicas em nome de quem os nomeou. V.g.: um advogado com procuração para representar uma empresa em processos judiciais; e) Representantes: são pessoas que actuam em nome doutra, ou duma entidade, para realizar acções ou defender os interesses dessa entidade. Os representantes podem não ter um mandato formal, mas são reconhecidos como agentes que falam ou agem em nome da organização. V.g.: incluem embaixadores, representantes comerciais, ou representantes legais de uma empresa. Neste caso necessitam de ter um contrato de representação. No caso português, um contrato de representação de acordo com o CC-Código Civil Português. Estas configurações são essenciais na estrutura organizacional, cada uma desempenhando um papel chave no funcionamento e gestão da entidade. É através das pessoas e/ou órgãos que as respectivas pessoas colectivas – organizações, entidades colectivas, entes colectivos -, cometem acções ou omissões susceptíveis de gerarem tipicidades ilícitas, culposas e puníveis. Sejam crimes ou contraordenações.

CONCLUSÕES

Chegamos então a algumas conclusões sobre o «novo» Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (RJCE):

a) o Decreto-Lei 9/2021 visa simplificar e unificar a legislação de infracções económicas, criando um regime comum para processos de contraordenação, com coimas

proporcionais à gravidade das infracções e ao tamanho das empresas. No entanto, exclui contraordenações em áreas como o ambiente, fiscalidade e segurança social, o que cria uma distinção entre tipos de infracções, suscitando questões ético-filosóficas;

b) Crítica à fase instrutória: a introdução da fase instrutória nos processos de contraordenação é contestada por contribuir para a lentidão dos processos e, em alguns casos, para a prescrição das infrações. Embora prevista na Constituição (art. 32º CRP), a fase instrutória levanta preocupações sobre a celeridade da justiça, que pode ser comprometida, afetando os direitos dos cidadãos. Solução: revisão constitucional que elimine a fase instrutória nos processos sancionatórios, como é o caso do processo penal, do processo contraordenacional e no processo disciplinar;

c) Responsabilidade das organizações colectivas: o art. 7º do RJCE estabelece a responsabilidade contraordenacional das pessoas colectivas, incluindo infracções cometidas pelos seus trabalhadores, titulares de órgãos sociais, mandatários ou representantes. No entanto, a interpretação extensiva desta responsabilidade é de recusar, pois pode levar a uma responsabilização objectiva, contrária aos princípios constitucionais fundos da legalidade e da culpa;

d) Parecer nº 11/2013: a interpretação do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República sobre a responsabilidade das pessoas colectivas nas contraordenações é de rejeitar por violar os princípios da legalidade e da culpa. A responsabilidade das entidades colectivas não pode ser atribuída sem a identificação prévia do agente que cometeu a infração, sendo contrária aos princípios fundamentais do direito português e, sobretudo, do Estado de Direito democrático, social, livre e verdadeiro que se pretende;

e) Interpretação da responsabilidade contraordenacional: a responsabilidade das pessoas colectivas e seus representantes deve ser limitada e não pode ser aplicada de forma extensiva, pois isso violaria direitos (e deveres) fundamentais. A imputação de infracções deve respeitar a identificação do agente e os princípios de necessidade, adequação e proporcionalidade previstos na Constituição.

Em síntese, critica-se a lentidão processual introduzida pela fase instrutória, a extensão da responsabilidade contraordenacional das pessoas colectivas, e sugere-se uma revisão dos mecanismos de imputação de responsabilidade, com foco na defesa dos princípios constitucionais.

Citando em paralelo um dos principais Mestres mundiais no Direito do Consumo, pois também pertence ao Direito Económico, Mário Frota: «**A informação é indispensável para**

*que os consumidores possam intervir em defesa dos seus direitos».*²⁰ E, quem não sabe, é como quem não vê.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa (2013 e 2022), *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra (2013); 2ª Edição, Gestlegal, Coimbra, 2022.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos: à volta das sociedades comerciais ou sociedades civis sob a forma comercial*, Tese de Dissertação de Mestrado em Direito Público-Ciências Jurídico-Criminais, com Orientação do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo DIAS, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa-Centro Regional do Porto, Porto, 2002; Provas Públicas com o Júri: Prof. Doutor Jorge de Figueiredo DIAS, Prof. Doutor Manuel da Costa ANDRADE e Prof. Doutor Germano Marques da SILVA, 3 de Abril de 2003;

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos: à volta das sociedades comerciais ou sociedades civis sob a forma comercial*, Editora Almedina, Coimbra, 2004.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português*, Ciências Jurídicas, Apresentação: Professor Catedrático Doutor A. Castanheira Neves, Organização: Gonçalo Sopas de Melo BANDEIRA, Rogério Magnus Varela GONÇALVES, Frederico Viana RODRIGUES, Editora Almedina, Coimbra, 2005, pp. 271 e ss.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões*, In: AA.VV., Coordenação de SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N.C. Sopas de Melo, *Lavagem de Dinheiro e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira*, Editora Juruá, Curitiba, 2009, pp. 563-574.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões*, In: AA.VV., Coordenação de SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N.C. Sopas de Melo, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira*, Editora Juruá, Lisboa, 2010, pp. 563-574.

BANDEIRA, G.N.C.S. de Melo, “Estante § Livro ‘Branqueamento de Capitais’ lançado no Porto”, in Revista “Cultura” da Edição n.º 29061 do jornal Diário do Minho, 2010, p. III.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Abuso de Mercado e Responsabilidade Penal das Pessoas (Não) Colectivas – Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Colectivos e dos “Tipos Cumulativos” na Mundialização*, Editora Juruá, Curitiba, 2011.

²⁰ <https://www.ruc.pt/noticia/2022/03/21/mario-frota-a-informacao-e-indispensavel-para-que-os-consumidores-possam-intervir-em-defesa-dos-seus-direitos>, Mário Frota em entrevista à Rádio Universitária de Coimbra, 21/3/2022.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo / FACHIN, Z.A., *Responsabilidade Criminal por Dinheiros Públicos, Branqueamento de Capitais/Lavagem de Dinheiro e Direitos Sociais*, Revista Internacional CONSINTER, Ano I-Vol. I § Direito e Justiça § Aspectos Atuais e Problemáticos, Editora Juruá, Curitiba, I Simpósio Congresso Internacional do CONSINTER, Editora Juruá, Curitiba-Barcelona, Lisboa, Porto, 2015, pp. 537 e ss.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Abuso de informação, manipulação do mercado e responsabilidade penal das “pessoas colectivas”: “tipos cumulativos” e bens jurídicos colectivos na “globalização”*, 4. ed. Editora Juruá, Lisboa, 2015.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Responsabilidade Financeira e Criminal, Direitos Constitucionais Sociais, Dinheiros Públicos e Recuperação de Ativos*, Editora Juruá, Curitiba e Porto, 2015.

BANDEIRA, G.S.M. de, DIRETIVA (UE) 2015/849 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 20.05.2015: A PREVENÇÃO DO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E DO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO E O SISTEMA FINANCEIRO CAPITALISTA, *Direito e Justiça*, Editora Juruá, Brasil, Portugal, Espanha, México e Colômbia, 2016, pp. 129 e ss.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Criminalidade Económica e Lavagem de Dinheiro, Prevenção pela Aprendizagem*, Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano II, Nº 2, Efetividade do Direito, 1º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa-Porto, 2016, pp. 15 e ss.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo / AZEVEDO, Patrícia dos Anjos, *Branqueamento de Capitais, Fraude Fiscal e Corrupção Internacional*, Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, vol. 11 (2), 2016, pp. 13-26.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Responsabilidade Penal e Contraordenacional das Organizações Colectivas*, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Ivridica*, 108, *Ad Honorem* - 8, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Presidente do Tribunal Constitucional, Vol. I, Direito Penal, Org.: José de Faria COSTA, Anabela Miranda RODRIGUES, Maria João ANTUNES, Helena MONIZ, Nuno B, Sónia FIDALGO, Sersilto-Empresa Gráfica Lda, Edição Apoiada pela Fundação Eng. António de ALMEIDA, Universidade de Coimbra, *Institvto Ivridico*, Coimbra, 2017, pp. 129-148.

BANDEIRA, G.S. de Melo de, *Fraude Fiscal, Branqueamento de Capitais, e Terrorismo, El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M^a. Esther Martínez Quinteiro*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2018, pp. 1882 e ss.

BANDEIRA, G.S.M. de, *CONSTITUCIONALIDADE DE ALGUMAS NOVIDADES SOBRE PREVENÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO EM PORTUGAL E UE*, Revista Jurídica UNICURITIBA, V. 52, N. 3, Julho-Setembro, Curitiba, 2018, pp. 649-671.

Bandeira, Gonçalo S. de Melo, *Instrução Penal Lusa Corrompida na UE?*, Diário do Minho, Braga, 22/3/2019.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Primeiras Notas à Legislação da Lavagem de Capitais em Portugal-UE: O Dever de Formação*, Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano V,

Nº IX, Estudos Contemporâneos, 2º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa, 2019, pp. 727 e ss.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Segundas Notas à Legislação da Lavagem de Capitais em Portugal-UE: Regime Sancionatório numa Primeira Abordagem*, Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano VI, Nº XI, Estudos Contemporâneos, 2º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa, 2020, pp. 451 e ss.;

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Terceiras Notas à Legislação da Lavagem de Capitais em Portugal-UE: Regime Sancionatório numa Segunda Abordagem*, Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano VII, Nº XIII, Estudos Contemporâneos, 2º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa, 2021, pp. 263 e ss.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo / Azevedo, Patrícia Anjos, *Infrações Tributárias – Fraude Fiscal -, Branqueamento/Lavagem de Vantagens (Capitais) e Financiamento do Terrorismo: Portugal e União Europeia*, Revista de Direito Brasileira, V. 29, nº 11, 2021, pp. 276 e ss.

BANDEIRA, G.S. de M., Acesso ao Supremo Tribunal de Justiça Contra a Constituição?, Diário do Minho, Braga, 18/8/23.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Quartas Notas à Legislação da Lavagem de Capitais em Portugal-UE: Regime Sancionatório numa Terceira Abordagem*, Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano VIII, Nº XV, Estudos Contemporâneos, 2º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa, 2022, pp. 325-343.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, Lentidão na Justiça: o Estado a contestar com má fé?, Diário do Minho, Braga, 17/2/2023.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Quintas Notas à Legislação da Lavagem de Capitais em Portugal-UE: Regime Sancionatório numa Quarta Abordagem*, Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano IX, Nº XVII, Estudos Contemporâneos, 2º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa, 2023, pp. 581-605.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, Lições de Direito e Ética na Cibersegurança, Pós-Graduação em Cibersegurança e Informática Forense; e MCA-Mestrado em Cibersegurança Aplicada, e Curso da C-Academy, LAAF-Legislação Aplicada à Análise Forense, Análise Forense Digital e Prova Digital, CNC-Centro Nacional de Cibersegurança, Escola Superior de Tecnologia, IPCA-Politécnico do Cávado e do Ave, Polythecnic University of Cavado and Ave-Polythecnic University of Cavado and Ave – RUN-Regional University Network-European University: Minho, Barcelos, 2023/24.

BANDEIRA, G.S. de M., *MENAC-Anticorrupção: Recomendação ao Ensino 8/24: ALELUIA!?”*, Diário do Minho, Braga, 23/8/2024.

BANDEIRA, G.S. de M., *MENAC-Anticorrupção: Recomendação ao Ensino 8/24: ALELUIA!?” II”*, Diário do Minho, Braga, 30/8/2024.

BECCARIA, Cesare, Dos Delitos e das Penas, Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, Tradução de José de Faria COSTA, Revista por Primola VINGIANO, do original italiano intitulado *Dei Delitti e Delle Pene*, com dois ensaios introdutórios de José de Faria COSTA e Giorgio MARINUCCI, Edição de Harlem, Livorno, 1766.

CURADO, Miguel, “PJ apreende 195 milhões de euros de cocaína. É a maior apreensão de droga do ano § Três pessoas foram detidas”, Apenas e somente 6,5 toneladas duma só vez, Correio da Manhã, Lisboa, 30/8/2024.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal § Parte Geral § Tomo I § Questões Fundamentais § A Doutrina Geral do Crime, 3. ed., Gestlegal, Coimbra, 2019.

FROTA, Mário, Direito Europeu do Consumo, Reflexo da Política de Consumidores da União Europeia, Editora Juruá, Curitiba, 20/8/2007.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Studienausgabe, 2. Auflage, Walter DeGruyter, Berlin, New York*, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas. *In Lehrbuch des Strafrechts § Allgemeiner Teil § Funfte Auflage, Duncker & Humblot • Berlin, Alemanha*, 1996.

RODRIGUES, Natália Gomes, A Auditoria de Prevenção de Branqueamento de Capitais e o “Uso Intensivo de Numerário”, Orientação de Gonçalo S. de Melo BANDEIRA, Escola Superior de Gestão, IPCA-RUN-EU, Barcelos, 2020, <https://ciencipca.ipca.pt/jspui/handle/11110/2016> , acedido em 25/7/2024.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Beck, München*, 1994/2005/2006/2020 (Roxin/Greco).

**COMPENSA SER UMA EMPRESA RACISTA NO BRASIL? ANÁLISE DO
QUANTUM INDENIZATÓRIO DE DANO MORAL APLICADO PELO PODER
JUDICIÁRIO TRAZ INDESEJÁVEIS CONSTATAÇÕES: É PRECISO AGIR!**

**DOES IT PAY TO BE A RACIST COMPANY IN BRAZIL? ANALYSIS OF THE
AMOUNT OF COMPENSATION FOR MORAL DAMAGES APPLIED BY THE
JUDICIARY BRINGS UNDESIRABLE FINDINGS: IT IS NECESSARY TO TAKE
ACTION!**

Jonas Sales Fernandes da Silva¹

RESUMO

O artigo busca, por meio de análise de decisões judiciais, verificar o quantum indenizatório tem sido concedido a consumidores lesados via discriminação racial nas relações de consumo. Com isto, verifica-se que o Brasil, por meio do poder judiciário, não tem dado atenção devida ao princípio da reparação integral prevista no código de defesa do consumidor brasileiro, especialmente em casos de racismo institucional. A conclusão é a de que compensa, do ponto de vista utilitarista, em pleno ano de 2024, ser uma empresa racista.

Palavras-chave: Racismo institucional; Indenização por discriminação racial; Quantum indenizatório; Reparação integral.

ABSTRACT

The article seeks, through an analysis of judicial decisions, to verify the quantum of compensation that has been granted to consumers harmed by racial discrimination in consumer relations. With this, it is verified that Brazil, through the judiciary, has not given due attention to the principle of full reparation provided for in the Brazilian Consumer Protection Code, especially in cases of institutional racism. The conclusion is that it pays, from a utilitarian point of view, in the year 2024, to be a racist company.

Keywords: Institutional racism; Compensation for racial discrimination; Quantum of compensation; Full reparation.

INTRODUÇÃO

¹ Advogado sócio do escritório de advocacia Malatesta & Sales Sociedade de Advogados. Diretor do Conselho Executivo do Idec. Diretor de Igualdade Racial do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. Idec. E-mail: jonassalesfernandes@gmail.com

Durante os 1970, o carro Ford Pinto era um dos compactos mais vendidos nos Estados Unidos. Infelizmente seu tanque de combustível estava sujeito a explodir quando outro carro colidia com ele pela traseira. Por este fato, mais de 500 (quinhentas) pessoas morreram quando seus automóveis Pinto pegaram fogo e muitas mais sofreram sérias queimaduras. Ocorre que, quando uma das vítimas processou a empresa Ford Motor Company por erro de projeto, veio a público que os engenheiros da Ford sabiam do perigo representado pelo tanque de gasolina.

Por que agiram desta forma então se sabiam dos perigos letais para a vida dos consumidores que adquirissem esses modelos de Ford Pinto? Diz o professor de Filosofia da Harvard, Michael Sandel, que os executivos da companhia haviam realizado uma análise de custo e benefício que os levava a concluir *que os benefícios de consertar as unidades (em vidas salvas e ferimentos evitados) não compensavam os 11 (onze, frise-se!) por carro que custaria para equipar cada veículo com um dispositivo que tornasse o tanque de combustível mais seguro*². O cálculo era de que a vida humana valia cerca de 200 (duzentos) mil dólares e de que os consumidores que sofressem queimaduras poderiam custar algo em torno de 67 (sessenta e sete) mil dólares. Em suma: valia a pena prezar pelo lucro em detrimento da segurança dos consumidores³.

O que isso tem a ver com o questionamento que constitui o objeto deste estudo? Tudo. Em absoluto. É que, como se adianta logo na introdução (ao estilo *Memórias Póstumas de Brás Cubas*): ainda em 2023 compensa ser uma empresa racista no mercado de consumo.

1 PESQUISA JURISPRUDENCIAL: *QUANTUM* INDENIZATÓRIO POR RACISMO EM RELAÇÕES DE CONSUMO

O caso de maior recorrência — que já aconteceu (e acontece) incontáveis vezes com o autor deste artigo: a pessoa preta vai ao supermercado, e ao andar pelos corredores e conferir produtos ou mesmo colocá-los em seu carrinho de compras, percebe a presença de um segurança (ou mais) seguindo-o de corredor em corredor até que se dirija ao caixa, momento em que no mais das vezes este (ou estes) segurança fica bem próximo ao caixa, como que para

² SANDEL, Michael J. *O que é fazer a coisa certa*. 35ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022, pp. 58-59.

³ “No início dos anos 1970, a Administração Nacional de Segurança do Tráfego Rodoviário havia calculado o custo de uma ocorrência fatal no trânsito. Considerando futuras perdas de produtividade, custos médicos, custos funerários e a dor e o sofrimento da vítima, a agência chegou ao valor de 200 mil dólares para cada vítima fatal.”. In: SANDEL, Michael J. *O que é fazer a coisa certa*. 35ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022, p. 59.

aferir se realmente a pessoa de cor preta vai pagar por aquilo que pretende levar. Neste intervalo de tempo e espaço, conhecido por qualquer pessoa preta que esteja porventura a ler este artigo, acontecem as malfadadas práticas racistas, das quais citarei as mais recorrentes (ao menos com o autor deste artigo): (i) o segurança pede para olhar sua sacola a fim de conferir os produtos comprados e a nota fiscal (qualquer pessoa preta sabe, geralmente por meio de ensinamentos dos pais quando ainda é criança, que ao ir ao supermercado tem de trazer a nota obrigatoriamente em mãos, de maneira visível, até chegar em casa, *são e salvo*); (ii) o segurança questiona em voz alta (sempre!) ao atendente se realmente a pessoa preta pagou; (iii) se der algum problema com o seu cartão, como acontece com qualquer ser humano, pelo fato de ser preto o segurança chamará logo reforço, pois pela cor, somado ao fato de o cartão não ter sido aprovado, a pessoa preta se torna altamente *perigosa* ao estabelecimento. Tal atitude se reproduz em *shoppings* (quanto mais elitizado, maior é o preconceito), estacionamentos, restaurantes etc.

Tais condutas acontecem de maneira *naturalizada* na sociedade brasileira, numa espécie de *racismo líquido*, que aparece e se esvai na mesma velocidade com que informações são passadas e repassadas na sociedade de consumo, restando de maneira perene tão somente, por uma ótica, a naturalização da conduta racista, tratada como uma espécie de *brincadeira de mau gosto* por quem a pratica; e, por outra, a cicatriz incurável da *ausência de autoreconhecimento social*⁴ na pele do sujeito de pele preta.

E por falar em *poder e ponto de vista*, mencione-se quem melhor leu a sociedade brasileira de seu tempo (e de hoje): Machado de Assis, no romance *Quincas Borba*, anota que o processo de interpretação de algum objeto ou fenômeno depende, e muito, do *ponto de vista* de quem tem o *poder* de interpretar: “(...) a paisagem depende do ponto de vista, e o *melhor modo de apreciar o chicote é ter-lhe o cabo na mão*”⁵.

É perfeitamente o que tem ocorrido no Brasil — de há muito — quando o assunto é discriminação racial em relações de consumo e o consequente dever de indenizar por dano

⁴ ‘Todos os “racismos”, seja de gênero, de “raça”, de classe ou de “cultura”, possuem um núcleo comum e devem ser tratados simultaneamente. Daí que o conjunto de opressões que cria a humilhação social deva ser percebido sob a chave de um racismo multidimensional, o qual assume máscaras diversas dependendo do contexto social. Quando se pretende iluminar um aspecto às custas de outros que permanecem nas sombras, em um contexto como o da sociedade moderna, que reprime a reflexão acerca das causas de toda opressão e desigualdade, temos, necessariamente, uma mera reprodução de procedimentos autoritários, mudando apenas o dono do “discurso autorizado”. Desse modo, não perceber como funciona a dominação em toda a sua multidimensionalidade e tomar a parte pelo todo, a aparência pela essência e o secundário pelo principal é ajudar a manter a dominação, muitas vezes sob a máscara da emancipação.’ ” In: SOUZA, Jessé. *Como o racismo criou o Brasil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2021, pp. 27-28.

⁵ ASSIS, Machado de. *Quincas Borba*. Editora Ática, São Paulo, 2002, p. 30.

moral: *quem tem o cabo do chicote à mão? O Poder Judiciário*, até por dever constitucional (artigo 5.º, XXXV⁶).

Neste sentido, e como já se teve oportunidade de registrar em artigo intitulado “*Jurisprudência da Responsabilidade Civil por Racismo Estrutural no Consumo*”⁷, o que se verifica é um avanço qualitativo das decisões que dizem respeito a responsabilidade civil ao longo do tempo, passando-se da ótica subjetiva⁸ para a objetiva, o que prestigia inequivocamente a afirmação dos direitos fundamentais na vida social e no desenvolvimento de soluções que privilegiem a *dimensão existencial das relações jurídicas*⁹.

Ocorre que, se por um lado o Judiciário deve ser cumprimentado pela sensibilidade e pelo protagonismo no reconhecimento de dano à dignidade da pessoa humana de cor preta que sofre racismo em ambiente de consumo, de outro é preciso refletir, e este é o objeto precípua deste estudo, se o direito básico à proteção integral do consumidor (inciso VI do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor¹⁰) tem sido efetivado também nesse campo. De modo direto: em quanto se tem indenizado consumidores pretos vítimas de discriminação racial em relações de consumo? Tais indenizações têm cumprido suas funções constitucionais?

⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁷ Sobre o protagonismo do Poder Judiciário brasileiro no reconhecimento de dano moral em decorrência de discriminação racial no Brasil permita-se remeter ao artigo: SILVA, Jonas Sales Fernandes da. *Jurisprudência da responsabilidade civil por racismo estrutural no consumo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-19/garantias-consumo-importancia-jurisprudencia-brasileira-reconhecimento-responsabilidade-civil#_ftn7> . Acesso: 20 ago. 2023.

⁸ Exemplo: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO ENTRE PROFESSORA E ALUNAS. AUSÊNCIA DE PROVA DE ATO ILÍCITO. PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE DO JUÍZO DA INSTRUÇÃO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Para que seja devida qualquer indenização, é necessário que se reúnam os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva previstos nos artigos 186 e 927 do CC, quais sejam, a conduta — omissiva ou comissiva —; a culpa do agente; o dano; e o nexo causal entre a conduta e o dano. Da análise dos autos, resta incontroverso que a autora possuía relação de docência com as rés, pois era professora e coordenadora de curso universitário frequentado pelas demandadas. Todavia, não há qualquer prova de que tenha a apelante sido alvo de racismo ou discriminação por parte de suas alunas. Elementos probatórios que não evidenciam ato ilícito das rés. Princípio da imediatidade do juízo sentenciante, que presidiu a instrução e esteve em contato direto com as partes, melhor conhecendo a realidade de sua jurisdição. Apelante que não se desincumbiu do ônus de fazer prova do direito alegado. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70079668539, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 27/03/2019).

⁹ BODIN, Maria Celina. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 439.

¹⁰ CDC. Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: (...) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Em comentário a este dispositivo normativo, que constitui o princípio da reparação integral, anota Cláudia Lima Marques: “Se a reparação no sistema do CDC é integral, a prevenção de danos (como a chamada “antecipação”) é a nova tendência no direito comparado, pois na maioria das vezes, ocorrido o dano individual ou de massa, a reparação será sempre insuficiente, mesmo se completa”. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V. Benjamin; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

Para tanto, buscou-se analisar, por meio da jurisprudência dos tribunais estaduais brasileiros, as últimas 20 (vinte) *decisões de mérito* (sentenças e acórdãos) que reconheceram (*an debeatur*) e condenaram fornecedores ao pagamento de danos morais¹¹. Observe-se:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/NÚMERO DO PROCESSO	OBJETO DE LIDE (EMENTA NO RODAPÉ)	FORNECEDOR	DATA DE PUBLICAÇÃO DA DECISÃO	VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL
1. TJPR. 2º GRAU. NÚMERO: 0009004-70.2021.8.16.0045	ABORDAGEM POR SEGURANÇA EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO QUE EXPÔS CONSUMIDORA À SITUAÇÃO VEXATÓRIA. ¹²	IRMÃOS MUFFATO & CIA LTDA.	18.8.2023	R\$ 5.000,00
2. TJSP. 1º GRAU. NÚMERO: 1005054-49.2022.8.26.0586	“FUNCIONÁRIO DA RÉ ATUAVA NA FUNÇÃO DE SEGURANÇA E ELEGEU A AUTORA COMO ALVO DE SUA VIGILÂNCIA, PASSANDO A RONDÁ-LA ENQUANTO FAZIA COMPRAS, ATÉ O MOMENTO EM QUE ELA, JUSTIFICADAMENTE INDIGNADA, RESOLVEU QUESTIONÁ-LO, AO QUE ENTÃO FOI RETORQUIDA E INTIMIDADA COM ARGUMENTO DE AUTORIDADE, INVOCANDO O PREPOSTO O SEU CARGO DE SUPERVISOR. A AUTORA É UMA	SUPERMERCADO SUPERCIDAD E LTDA.	10.8.2023	R\$ 15.000,00

¹¹ A pesquisa foi realizada por meio da ferramenta de pesquisa jurídica JusBrasil, utilizando-se, no campo *jurisprudência*, os termos (entre aspas), “Racismo”, “Relação de Consumo”, “Dano Moral”, “R\$”. Foram encontrados 533 resultados e recolhidos para esta pesquisa as 20 mais recentes decisões de mérito (sentença e acórdão) que reconheceram dano moral em relações de consumo em decorrência de racismo.

¹² Ementa: RECURSO INOMINADO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ABORDAGEM POR SEGURANÇA EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO QUE EXPÔS A AUTORA À SITUAÇÃO VEXATÓRIA. INJÚRIA RACIAL NÃO COMPROVADA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM FIXADO EM R\$5.000,00 (CINCO MIL REAIS) COM BASE NAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

	MULHER NEGRA, E A SITUAÇÃO POR ELA VIVENCIADA É EXEMPLO CLARO DE RACISMO INSTITUCIONAL.” ¹³			
3. TJSP. 2º GRAU. NÚMERO: 1010117-46.2022.8.26.0007	ACUSAÇÃO DE CRIME DE FURTO E DE CONDUÇÃO DA VÍTIMA PELO BRAÇO PARA RETORNO AO INTERIOR DA LOJA. LOCAL DE ESVAZIAMENTO DA BOLSA PÚBLICO E DE ACESSO AOS DEMAIS CLIENTES, QUE FILMARAM O OCORRIDO. ¹⁴	ARMARINHO S FERNANDO LTDA	24.7.2023	R\$ 5.000,00
4. TJMG. 2º GRAU. NÚMERO: 5007354-	FUNCIONÁRIA DA RÉ SUGERIU QUE A AUTORA HAVIA FURTADO UM PAR DE ÓCULOS. ¹⁵	GISELLE COMÉRCIO DE ÓTICA EIRELI	13.7.2023	R\$ 10.000,00

¹³ Na situação dos autos, a concretização do racismo institucional se evidencia ante a demonstração de que a empresa ré, por meio de seu funcionário, cuja conduta é fruto de aprovação, ainda que tácita, dispensou à autora tratamento inequivocamente diverso do que lhe daria se branca fosse. Na condição de mulher negra, foi tratada como suspeita a ponto de ser acompanhada e vigiada de perto enquanto fazia suas compras, sendo ainda hostilmente repelida ao questionar tal acompanhamento, numa negativa quase tão violenta quanto a própria discriminação, dado seu caráter dissimulado e silenciador do justo reclamo por igualdade. Evidente, no contexto dos fatos, a ocorrência do dano moral indenizável. À vista da gravidade da ofensa, arbitro a indenização em R\$15.000,00 (quinze mil reais), valor que se presta a indenizar a autora pelo abalo sofrido, sem se converter em fonte de enriquecimento sem causa. Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para CONDENAR a ré a pagar à autora indenização por danos morais no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais) com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP, a partir desta data (Súmula 362 do STJ), com juros legais de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da citação. Fica extinto o processo.

¹⁴ APELAÇÃO. Ação de indenização por dano moral. Sentença que julgou improcedente a ação. Inconformismo da parte autora. Cerceamento de defesa por julgamento antecipado não configurado. Critério do juízo. Princípio da apreciação das provas ou persuasão racional (artigos 130, 370, parágrafo único, 464, §1º, II e 472, todos do C.P.C.). Testemunhas arroladas fora do prazo determinado. Preclusão temporal. Mérito. Aplicação ao caso do Código de Defesa do Consumidor (artigos 2º e 3º). Inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII, do CDC). Imagens de outros clientes da loja que mostram o segurança atrás da consumidora esvaziando a bolsa. Comparecimento da polícia militar ao local, sendo lavrado boletim de ocorrência. Ausência de comprovação de que a conduta do segurança foi discreta, de que não houve acusação do crime de furto e de ausência de condução da vítima pelo braço para retorno ao interior da loja. Local de esvaziamento da bolsa público e de acesso aos demais clientes, que filmaram o ocorrido. Descontrole da vítima justificável diante do constrangimento vivenciado. Responsabilidade pela falha na prestação do serviço (artigo 14, do CDC) e (artigos 186 e 927, do CC). Danos morais. Abalo que ultrapassa o mero aborrecimento. “Quantum” arbitrado em R\$5.000,00, razoável e proporcional ao dano, sem provocar enriquecimento ilícito da parte autora. Sentença reformada. Recurso provido.

¹⁵ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - ÓTICA - SUGESTÃO DE FURTO - DANO MORAL - OCORRÊNCIA. 1. A Responsabilidade Civil designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo em consequência da ofensa a direito alheio. 2. Em se tratando de relação de consumo, a responsabilidade civil é objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. 3. Para configuração da responsabilidade civil é, em regra, indispensável a comprovação do dano. 4. O dano moral é

72.2021.8.13.0 145				
5. TJDFT. 2º GRAU. NÚMERO: 0704372- 95.2022.8.07.0 005 1715733	ABORDAGEM EXCESSIVA E VIOLAÇÃO À HONRA DO AUTOR EM EVENTO PROMOVIDO PELAS DEMANDADAS. O DEMANDANTE, ORA APELANTE, AFIRMA QUE NO DECORRER DO ALUDIDO EVENTO FOI ABORDADO POR POLICIAIS MILITARES EM RAZÃO DA SUSPEITA DE AUTORIA DE DELITOS DE FURTO OCORRIDOS NO LOCAL. EM SEGUIDA, NARRA QUE APÓS A ABORDAGEM FOI LIBERADO PELOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVASSEM OS INDÍCIOS DA MATERIALIDADE. OCORRE, NO ENTANTO, QUE APÓS A PRIMEIRA ABORDAGEM, OS SEGURANÇAS PARTICULARES DO EVENTO ABORDARAM NOVAMENTE O DEMANDANTE DE MODO MAIS INTENSO E VEXATÓRIO. ADEMAIS, INFORMA QUE OS SEGURANÇAS AFIRMARAM QUE	RAUL QUEIROZ EVENTOS PRODUÇÕES E SERVIÇOS LTDA. E CONFEDERA ÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS JUNIORES	5.7.2023	R\$ 10.000,00

aquele caracterizado na esfera subjetiva da pessoa, cujo evento apontado como violador fere direitos personalíssimos, independente de prejuízo material. 5. Hipótese em que a funcionária da ré sugeriu que a autora havia furtado um par de óculos. 5. O arbitramento da quantia devida para compensação do dano moral deve considerar os precedentes em relação ao mesmo tema e as características do caso concreto, notadamente, a gravidade do fato em si, a responsabilidade do agente, a culpa concorrente da vítima e a condição econômica do ofensor. (TJ-MG - AC: 50073547220218130145, Relator: Des.(a) José Américo Martins da Costa, Data de Julgamento: 13/07/2023, 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/07/2023).

	“SERIAM MOÍDOS NA PORRADA SE FOSSEM PEGOS ROUBANDO CELULARES. ¹⁶			
6. TJRJ. 2º GRAU. NÚMERO: 0271293-43.2020.8.19.0001 202300122790	AUTORES SOLICITARAM UMA CORRIDA NO APLICATIVO DA EMPRESA RÉ, E O MOTORISTA PARCEIRO, AO CHEGAR NO LOCAL, TERIA SE RECUSADO A REALIZAR A VIAGEM EM RAZÃO DOS AUTORES ESTAREM COM VESTIMENTAS RELIGIOSAS DE MATRIZ	99 TECNOLOGIA LTDA.	21.6.2023.	R\$ 10.000,00

¹⁶ APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CONSTITUCIONAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DANOS MORAIS. COMPENSAÇÃO DEVIDA. CARÁTER SANCIONATÓRIO E PEDAGÓGICO. OCORRÊNCIA. DANO E NEXO CAUSAL. RISCO DA ATIVIDADE. SUSPEITA DE FURTO. ABORDAGEM EXCESSIVA. VEXATÓRIA. SEGURANÇAS. OCORRÊNCIA POLICIAL. AMEAÇA. TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MÉTODO BIFÁSICO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. Na presente hipótese a questão submetida ao conhecimento deste Egrégio Tribunal de Justiça consiste em determinar se os apelados praticaram ato ilícito que teria violado a honra do apelante, bem como se é devida a compensação por danos morais em virtude da aludida violação. 2. O reconhecimento da existência de relação jurídica de direito substancial de natureza consumerista e a subsequente aplicação do microsistema formado pelas normas de proteção às relações de consumo pode ensejar, entre outras consequências, a inversão do ônus da prova (art. 6º, inc. VIII do CDC), o reconhecimento da responsabilidade objetiva dos fornecedores do serviço em virtude da Teoria do Risco da Atividade (art. 14, caput, do CDC) e a responsabilidade solidária dos agentes que compõem a cadeia de fornecimento (artigos 7º, parágrafo único, e 25, § 1º), regras que podem interferir diretamente na deliberação a respeito das alegações articuladas pelas partes durante o curso da marcha processual. 3. Convém repisar que os artigos 186 e 927, caput, disciplinam o dever de indenizar, a partir da ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que causar dano a outrem, devendo-se, nesta hipótese, verificar a ocorrência de nexo causal entre o evento lesivo e a conduta do causador do dano. 4. Diante desse cenário e em atenção à vulnerabilidade do consumidor não se mostra razoável o indeferimento do pedido em razão da suposta inexistência de nexo causal entre a conduta das rés e o dano de ordem extrapatrimonial ocasionado ao demandante. 5. O tratamento inadequado dispensado ao demandante por ocasião da abordagem excessiva no local do evento, promovido com apoio das rés, caracteriza má prestação de serviço, sendo o caso da prática de ato ilícito indenizatório. 6. No caso em deslinde, em que pese tenha o Juízo singular sustentado que a abordagem vexatória tenha ocorrido, de modo contraditório asseverou que essa ocorrência não teria ultrapassado os limites do ordinário. Ora, contraria essa afirmação, em termos lógicos, a constatação de que o dano extrapatrimonial é presumido (*in re ipsa*). 7. De acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a indenização pelo dano moral tem a finalidade de punir e alertar o ofensor, para que proceda com maior cautela em situações semelhantes (efeitos sancionador e pedagógico), sem, contudo, ensejar o enriquecimento sem causa do ofendido. 8. À vista dos elementos probatórios coligidos aos autos pelo demandante, notadamente a ocorrência policial e o ingresso do evento que acompanharam a petição inicial, bem como o depoimento das testemunhas, a causa do evento danoso em si, se não suficiente para gerar certeza a respeito do fato descrito na inicial, à luz da regra prevista no art. 472 do CPC, pode, ainda assim, consubstanciar o juízo de verossimilhança que orienta a aplicabilidade das normas que regem as relações de consumo. 9. Assim, constatado excesso na abordagem, a acusação de furto e a ameaça, o apelante deve ser compensado pelos danos morais experimentados. 9.1. Sopesados os parâmetros acima descritos, e, diante da detida análise aos dados intrínsecos em exame, alusivos à dinâmica dos fatos, afigura-se razoável e apropriada a fixação do valor da indenização pelos danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 10. Recurso conhecido e provido. (TJ-DF 07043729520228070005 1715733, Relator: ALVARO CIARLINI, Data de Julgamento: 14/06/2023, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 05/07/2023).

	AFRICANA. JÁ TINHAM ENTRADO NO VEÍCULO E O MOTORISTA OS OBRIGOU A SAIR, DIZENDO QUE “NÃO FARIA ESSE TIPO DE CORRIDA”. ¹⁷			
7. TJMG. 2º GRAU. NÚMERO: 0027215-97.2016.8.13.0180	ABORDAGEM REALIZADA PELO FISCAL DO SUPERMERCADO RÉU SE DEU DE FORMA INADEQUADA, SUBMETENDO A AUTORA A UMA SITUAÇÃO VEXATÓRIA, CAUSANDO-LHES NÃO APENAS MERO ABORRECIMENTO E SIM, ABALO EM SEUS ÂNIMOS PSÍQUICOS. ¹⁸	SUPERMERCADOS BH COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.	14.6.2023	R\$ 18.000,00

¹⁷ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DEMANDA VISANDO À CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR ATO DE INTOLERÂNCIA RELIGIOSA PRATICADA POR MOTORISTA DE APLICATIVO DE TRANSPORTE (99 TAXI). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONDENANDO A RÉ AO PAGAMENTO DE R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS) PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS. RECURSO DA PARTE RÉ ARGUINDO, PRELIMINARMENTE, A SUA ILEGITIMIDADE PASSIVA E, NO MÉRITO, SUSTENTA A AUSÊNCIA DE DANO MORAL, CUJA VERBA COMPENSATÓRIA, DE TODA SORTE, REPUTA EXCESSIVA. O RECURSO NÃO MERECE PROSPERAR. LEGITIMIDADE PASSIVA: PARTE AUTORA QUE ALEGA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DO MOTORISTA PARCEIRO E DA EMPRESA RÉ NA APURAÇÃO DA RECLAMAÇÃO. JUÍZO HIPOTÉTICO DE VERACIDADE. TEORIA DA ASSERTÃO. TESE DE AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. PRELIMINAR QUE SE REJEITA. MÉRITO: PARTE RÉ QUE EM SEU RECURSO NÃO NEGA O EVENTO DANOSO, CORRIDA CANCELADA POR INTOLERÂNCIA RELIGIOSA, APENAS SUSTENTA AUSÊNCIA DE SUA RESPONSABILIDADE. EMPRESA RÉ QUE PRESTA SERVIÇO ATRAVÉS DE MOTORISTAS PARCEIROS, RAZÃO PELA QUAL DEVE RESPONDER PELOS ATOS POR ESTES COMETIDOS. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PARTE RÉ QUE NÃO DEMONSTROU QUALQUER FATO OU FUNDAMENTO A AFASTAR A SUA RESPONSABILIDADE PELO EVENTO DANOSO, ÔNUS QUE LHE CABIA NA FORMA DO ARTIGO 373, INCISO II DO CPC/15. DANO MORAL: EVIDENTE OFENSA A HONRA E MORAL DOS AUTORES. LIBERDADE DE CREDO GARANTIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTELIGÊNCIA DO INCISO VI DO ARTIGO 5º DA CF. ATOS PRECONCEITUOSOS EM RELAÇÃO A RELIGIÃO DE MATRIZ AFRICANA QUE, ALÉM DE CARACTERIZAR INTOLERÂNCIA RELIGIOSA, TEM LAÇOS ESTREITOS COM O RACISMO ESTRUTURAL AINDA EXISTENTE NA SOCIEDADE BRASILEIRA. OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PARTE RÉ QUE NÃO DEMONSTROU AVANÇO NAS RECLAMAÇÕES ADMINISTRATIVAS REALIZADAS PELA PARTE AUTORA. VERBA INDENIZATÓRIA QUE MERECE SER MANTIDA, EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E AOS PRECEDENTES DESTES TJRJ. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 343 DESTES TJRJ. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS POR IMPOSIÇÃO DO § 11º DO ART. 85 DO CPC/15. RECURSO DESPROVIDO. (TJRJ - APL: 02712934320208190001 202300122790, Relator: Des(a). CINTIA SANTAREM CARDINALI, Data de Julgamento: 14/06/2023, QUINTA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 24ª CÂMARA, Data de Publicação: 21/06/2023).

¹⁸ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACUSAÇÃO FALSA DE FURTO DE MERCADORIA EM SUPERMERCADO. PRECONCEITO ESTRUTURAL. CONSTRANGIMENTO E HUMILHAÇÃO. CONSTATAÇÃO. ATO ILÍCITO COMPROVADO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MAJORAÇÃO.

8. TJRJ. 1º GRAU. NÚMERO: 0855002- 45.2022.8.19.0 001.	AUTORES ESTAVAM PASSANDO SUAS COMPRAS NO CAIXA DO MERCADO RÉU QUANDO FORAM SURPREENDIDOS POR GRITOS DE UM SEGURANÇA LOCAL OS QUESTIONANDO SE TINHAM PAGADO AS MERCADORIAS, ESPECIFICAMENTE A CAIXA DE LEITE. AFIRMARAM QUE TINHAM PAGADO, PORÉM O SEGURANÇA NÃO OS OUVIU E CRIOU-SE UM INTENSO TUMULTO, E, APENAS APÓS O SEGURANÇA TER VISTO A NOTA FISCAL, OS LIBEROU. ¹⁹	CASAS GUANABARA COMESTÍVEIS LTDA.	26.5.2023	R\$ 15.000,00
9. TJRJ. 2º GRAU. NÚMERO: 0178960- 38.2021.8.19.0 001	MOTORISTA QUE FEZ TRANSMISSÃO “AO VIVO” DA VIAGEM DOS AUTORES NA REDE SOCIAL FACEBOOK,	UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.	12.5.2023	R\$ 15.000,00

CABIMENTO. - A acusação falsa de furto de mercadoria em supermercado, com abordagem de fiscal ao meio de outros clientes e funcionários, com posterior acionamento da Polícia Militar e revista de pertences da consumidora, ocasião em que se constatou que nada havia sido furtado, ocasiona inegável ofensa aos direitos da personalidade da parte autora e, por conseguinte, danos morais passíveis de compensação financeira - Abordagem de mulher pobre e negra em supermercado. Caso de preconceito estrutural identificado - Nos termos do art. 373, II, CPC, o ônus da prova incumbe ao réu quanto a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Deixando o réu, em momento processual apropriado, de apresentar elementos suficientes para afastar a pretensão do autor, analisa-se o pedido o pedido autoral à vista das provas contidas no caderno processual - Para fixação do valor do dano moral, deverá o Julgador se ater aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, para que a medida não represente enriquecimento ilícito, bem como para que seja capaz de coibir a prática reiterada da conduta lesiva pelo seu causador - Caráter reparatório e pedagógico da condenação - Sentença reformada para majorar a condenação imposta a título de compensação por danos morais - Retificação, de ofício, do termo inicial de aplicação dos consectários legais aplicáveis à condenação. (TJ-MG - AC: 00272159720168130180, Relator: Des.(a) Luiz Artur Hilário, Data de Julgamento: 13/06/2023, 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/06/2023).

¹⁹ Trata-se de demanda indenizatória por danos morais proposta por Silmara Calazans de Jesus e Marcos Antonio Jesus de Oliveira em face de Casas Guanabara Comestíveis Ltda. Narram os autores, em síntese, que, no dia 30/09/2022, por volta das 08:50 da manhã, estavam passando suas compras no caixa do mercado réu quando foram surpreendidos por gritos de um segurança local os questionando se tinham pagado as mercadorias, especificamente a caixa de leite. Afirmaram que tinham pagado, porém o segurança não os ouviu e criou-se um intenso tumulto, e, apenas após o segurança ter visto a nota fiscal, os liberou. Alegam constrangimento sem justo motivo, baseado, inclusive, em discriminação. Pleiteiam o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais para cada autor. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos para condenar o réu em danos morais de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada autor, corrigidos a partir desta data (enunciado sumular nº 362 do Col. STJ) e acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês desde a citação, por se tratar de ilícito contratual.

202300129121	SEM AUTORIZAÇÃO. MOTIVAÇÃO RACISTA DE DIFÍCIL OU QUASE IMPOSSÍVEL COMPROVAÇÃO, MAS PERCEPTÍVEL DIANTE DAS REGRAS COMUNS DE EXPERIÊNCIA. ²⁰			
10. TJRJ. 2º GRAU. NÚMERO: 0267742-65.2014.8.19.001 202300103138	ABORDAGEM TRUCULENTA OCORRIDA NO INTERIOR DO EMPREENDIMENTO COMERCIAL, REALIZADA POR SEGURANÇAS E PELA POLÍCIA MILITAR. PARA TANTO, NARRARAM QUE DURANTE PASSEIO COM SEU FILHO, A DEMANDANTE FOI BRUSCAMENTE ABORDADA PELOS PREPOSTOS DO RÉU-RECORRENTE, ACOMPANHADOS DO POLICIAL, POR SUSPEITA DE SEQUESTRO DO MENOR, DECORRENTE DE COMUNICAÇÃO DE CRIME REALIZADA PELA DENTISTA, QUE POSSUÍA CONSULTÓRIO NA EDIFICAÇÃO. PONTUARAM QUE	CONDOMÍNIO DO RECREIO SHOPPING CENTER.	13.3.2023	R\$ 10.000,00

²⁰ EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. UBER. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. RACISMO PERCEBIDO PELOS AUTORES. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. Apelação de ambas as partes. Legitimidade passiva da Uber. Relação de consumo entre passageiros e plataforma. Cadeia de Consumo. Responsabilidade objetiva do aplicativo. Precedentes. Violação ao direito de imagem e vida privada dos passageiros. Motorista que fez transmissão "ao vivo" da viagem dos autores na rede social Facebook, sem autorização. Motivação racista de difícil ou quase impossível comprovação, mas perceptível diante das regras comuns de experiência. Violação ao art. 5º, X da CFRB. Configuração de danos morais. Quantum majorado para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Termo a quo dos juros de mora é a data da citação. Responsabilidade contratual. Honorários advocatícios que devem ser fixados com base no valor da condenação. Entendimento do STJ. Inaplicabilidade do art. 86, parágrafo único em favor da parte ré. Sentença que se reforma parcialmente para fixar os honorários em razão do valor da condenação e majorar os danos morais. PROVIMENTO DO RECURSO DOS AUTORES E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU. (TJ-RJ - APL: 01789603820218190001 202300129121, Relator: Des(a). ANDREA MACIEL PACHA, Data de Julgamento: 10/05/2023, SEGUNDA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 3ª CÂMARA, Data de Publicação: 12/05/2023).

	HOUVE CONSTRANGIMENTO, HUMILHAÇÃO E RACISMO, PELO FATO DE O FILHO SER CAUCASIANO E DE CABELOS CLAROS, ESCLARECIDA A SITUAÇÃO SOMENTE QUANDO O AUTOR, PAI DA CRIANÇA, CHEGOU AO LOCAL. ²¹			
11. TJRJ. 2º GRAU. NÚMERO: 0016655- 23.2020.8.19.0 202 202200142529	ABORDAGEM CONSTRANGEDORA A PESSOA NEGRA NO MOMENTO EM QUE SAÍA DA LOJA NA PRESENÇA DE OUTROS CONSUMIDORES. FOI ACUSADA DE TER FURTADO BOLSA E	UNISTAR BOLSAS E ACESSÓRIOS	9.11.2022	R\$ 5.000,00

²¹ APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DE SHOPPING. ABORDAGEM VEXATÓRIA E IMPUTAÇÃO DE CRIME DE SEQUESTRO DE MENOR. AUSÊNCIA DE ABUSO POR PARTE DE POLICIAL MILITAR. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO EMPREENDIMENTO COMERCIAL. DANO MORAL CARACTERIZADO. PEQUENO REPARO NA SENTENÇA ATACADA PARA MAJORAR A COMPENSAÇÃO ARBITRADA. Sentença que, por entender que não houve excesso na abordagem realizada pela Polícia Militar, somente naquela realizada pelos seguranças do Shopping-recorrente, julgou improcedente o pedido em relação ao ESTADO-apelando e procedente em parte em relação ao empreendimento-recorrente, condenado ao pagamento de danos morais de R\$2.000,00 (dois mil reais) a cada autor-recorrente. Apelo dos autores e recurso adesivo do Shopping. Aplicação da teoria da asserção em relação à arguição de ilegitimidade passiva. Demandante-FABIANA que, durante passeio com seu filho, foi bruscamente abordada pelos seguranças do réu-recorrente, acompanhados do Policial Alexander, por suspeita de sequestro do menor, decorrente de comunicação de crime realizada pela dentista Dra. Danielle. Documentos colacionados que se mostraram insuficientes para imputar qualquer conduta ilícita à Polícia Militar. Agente público que possui o dever de repreender eventual crime em curso, principalmente diante da gravidade do delito comunicado, de sequestro de menor. Nesse sentido, houve comparecimento ao local, abordagem da suspeita e esclarecimento do ocorrido. Alteração dos vídeos do sistema de segurança, pelo Shopping-recorrente, que não podem prejudicar o ESTADO-apelado, diante da presunção de legalidade e veracidade de seus atos. Prerrogativa que não é conferida ao shopping center-recorrente. Adulteração das imagens da câmera pelo Shopping-apelado, mediante corte, edição e alteração da ordem cronológica atestada mediante perícia judicial conclusiva. Ausência de qualquer prova de que a modificação do material decorreu de programação existente no equipamento, que verifica vários ambientes do empreendimento simultaneamente e realiza gravação aleatória. Shopping-recorrente que sequer apresentou os eletrônicos utilizados à época, bem como omitiu os modelos da câmera e tipos de sistema utilizados, o que poderia corroborar a plausibilidade de sua tese defensiva. Falha na prestação do serviço pelo empreendimento comercial-recorrente que permitiu que seus prepostos abordassem clientes de forma humilhante e vexatória. Dano moral evidente. Utilização do método bifásico. Valorização do interesse jurídico lesado e das circunstâncias do caso concreto. Imputação de crime a consumidores e abordagem truculenta. Violação à honra objetiva e subjetiva. Compensação moral que merece ser fixada em R\$10.000,00 (dez mil reais) para cada autor. Majoração dos honorários recursais para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11º, do CPC. PARCIAL PROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO DOS AUTORES. DESPROVIMENTO DO SEGUNDO RECURSO DO SHOPPING RÉU. (TJ-RJ - APL: 02677426520148190001 202300103138, Relator: Des(a). ALCIDES DA FONSECA NETO, Data de Julgamento: 09/03/2023, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/03/2023).

	AINDA VIROU NOTÍCIA DE JORNAL. ²²			
12. TJRS. 2º GRAU. NÚMERO: 5000147-79.2021.8.21.5001.	DEMANDANTE FOI ACUSADA POR PREPOSTO DA RÉ DE TER FURTADO ITENS DO ESTABELECIMENTO. A PROVA PRODUZIDA PERMITE CONCLUIR QUE O FUNCIONÁRIO QUE REALIZOU A ABORDAGEM EXCEDEU O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO. ²³	DIMED S.A. — DISTRIBUIDOR DE MEDICAMENTOS.	2.10.2022	R\$ 5.000,00
13. TJRN. 1º GRAU. NÚMERO:	EM SÍNTESE, O REQUERENTE ALEGA QUE NO DIA	COMERCIAL QUEIROZ & CIA LTDA.	26.8.2022	R\$ 35.000,00

²² EMENTA. ABORDAGEM CONSTRANGEDORA DA VENDEDORA NO MOMENTO QUE A AUTORA SAIA DA LOJA NA PRESENÇA DE OUTROS CONSUMIDORES. PARTE RÉ QUE NÃO LOGROU AFASTAR AS ALEGAÇÕES DA AUTORA. FALHA DO SERVIÇO. DANO MORAL IN RE IPSA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E CÍVEL, NÃO SE VERIFICANDO NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO FEITO. VALOR COMPENSATÓRIO, FIXADO EM R\$10.000,00, QUE SE MOSTRA EXCESSIVO. 1. Cinge-se a controvérsia recursal em verificar, preliminarmente, alegação de que a parte autora deveria aguardar o término da ação penal. E, no mérito, cumpre analisar a existência de falha na prestação do serviço, bem como, se desta falha, resultou injusta frustração e angústia a caracterizar o dano moral. 2. De saída, cumpre ratificar o disposto pelo sentenciante quanto à independência das esferas cível e penal, sendo certo que não prevalece o pleito de que a parte autora deveria aguardar o término da ação penal para ingressar com a ação civil. 3. No mérito, diante da relação de consumo compete a ré demonstrar alguma das excludentes de responsabilidade, conforme artigo 14 § 3º do CDC, no entanto não obteve êxito, sendo certo que a ré/apelante não trouxe aos autos qualquer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito vindicado pela autora/apelada, como por exemplo, as imagens das câmeras do circuito interno de segurança. 4. Lado outro, como assinalou o juízo primeiro, pode-se verificar, com o depoimento da Sra. Ana Angélica do Nascimento, que a abordagem causou constrangimento, pois realizada sem justa causa e de maneira ofensiva, ao contrário do que tentou fazer crer a informante arrolada pela ré, que atuou na oportunidade como preposta da referida empresa. 5. E mais, mesmo que se admitisse que teria ocorrido um mal-entendido em relação a abordagem da funcionária da ré, fato é que, a forma com que foi realizada, não se mostrou a mais adequada. Isto é, se não representa erro de conduta da própria funcionária, representa erro de gerência do estabelecimento, de modo que a empresa deveria orientar melhor seus funcionários a fim de evitar constrangimento aos clientes. 6. Assim, in casu, a abordagem pelo preposto da ré/apelante, no momento em que saia da loja, sob a infundada suspeita de subtração de mercadoria (carteira), ultrapassou a barreira do mero aborrecimento ou dissabor cotidiano, vez que ofendeu direito da personalidade, sendo, portanto, passível de reparação por dano moral. 7. No tocante à fixação do quantum compensatório a sentença carece de reparo, tendo em vista que o valor de R\$10.000,00 se mostrou elevado, devendo ser reduzido para R\$5.000,00. Valor mais condizente com o patamar estabelecido por esta Corte de Justiça em casos semelhantes. 8. Precedentes deste Tribunal. Reforma em parte da sentença. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (TJ-RJ - APL: 00166552320208190202 202200142529, Relator: Des(a). WILSON DO NASCIMENTO REIS, Data de Julgamento: 08/11/2022, VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/11/2022).

²³ APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. ABORDAGEM INADEQUADA. SUSPEITA DE FURTO. INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. CONSTRANGIMENTO PERANTE TERCEIROS. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM. Hipótese em que a demandante foi acusada por preposto da ré de ter furtado itens do estabelecimento. A prova produzida permite concluir que o funcionário que realizou a abordagem excedeu o exercício regular do direito. Falha no serviço caracterizada, conforme art. 14 do CDC. Danos morais configurados *in re ipsa*. Indenização majorada para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), considerando valores fixados em causas análogas. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA. RECURSO ADESIVO DA RÉ DESPROVIDO. (TJ-RS - AC: 50001477920218215001 PORTO ALEGRE, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data de Julgamento: 28/09/2022, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: 02/10/2022).

0809706-18.2021.8.20.5106	16/05/2021, ACOMPANHADO DE UM COLEGA DE TRABALHO, FOI ATÉ UMA LOJA DO REQUERIDO PARA FAZER ALGUMAS COMPRAS. NO MOMENTO DO PAGAMENTO, SUSTENTA QUE FOI SURPREENDIDO POR UM SEGURANÇA DO SUPERMERCADO, NA FRENTE DOS DEMAIS CLIENTES E FUNCIONÁRIOS, QUE O ACUSOU DE TER PARTICIPADO DE UM ROUBO DE UMA MOTO MOMENTOS ANTES E DE ESTAR PORTANDO UMA ARMA DE FOGO. SÓ FOI LIBERADO HORAS DEPOIS DE A POLÍCIA SER CHAMADAS E CONSTATAR QUE O REQUERENTE NÃO HAVIA PARTICIPADO DE CRIME ALGUM. ²⁴			
14. TJGO. 2º GRAU. NÚMERO: 5253046-	ACUSAÇÃO FALSA E VEXATÓRIA DE FURTO EM INTERIOR DE SUPERMERCADO. ²⁵	COMERCIAL DE ALIMENTOS CRISTAL	25.8.2022 (SENTENÇA) 6.12.2022 (ACÓRDÃO)	R\$ 10.000,00

²⁴ Ementa não disponível. Parte dispositiva da sentença: “(...) Por fim, a indenização deve ter a função de reparar a vítima, bem como atuar como uma medida inibitória e de caráter pedagógico para o agente, na medida em que não pode ser fixado um valor tão alto a ponto de causar enriquecimento ilícito para a vítima, dada a vedação legal, nem tão inexpressivo que não seja capaz de inibir a reiteração da conduta por parte do agente. Sendo assim, entendo que a quantia de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) atende aos parâmetros acima expostos, bem como observa o critério de razoabilidade que deve guiar o julgador quando da fixação do dano. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO autoral para CONDENAR o requerido a pagar à parte requerente, a título de indenização por danos morais, o valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) acrescido de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo INPC, desde a data desta sentença. ” PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. 3º Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Mossoró. Processo: 0809706-18.2021.8.20.5106. Ação: PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL (436). AUTOR: GLEIDSON FARIAS DE LIMA. REU: COMERCIAL QUEIROZ & CIA LTDA.

²⁵ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DANOS MORAIS. ACUSAÇÃO FALSA DE FURTO NO INTERIOR DO SUPERMERCADO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA EXCESSO NA ABORDAGEM REALIZADA PELO SEGURANÇA DO ESTABELECIMENTO. SITUAÇÃO CONSTRANGEDORA. ABALO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. 1. Não havendo a sentença extrapolado os limites do pedido inicial, afasta-se a preliminar em

64.2021.8.09.0164.		OCIDENTAL LTDA.		
15. TJMT. 2º GRAU. NÚMERO: 1016406-46.2018.8.11.0041.	ABORDAGEM EM PÚBLICO SOB ALEGAÇÃO DE SUSPEITA DE ROUBO EM SHOPPING. CONDUÇÃO À SALA DE SEGURANÇA E CONSEQUENTES AGRESSÕES VERBAIS E FÍSICAS.26	CONDOMÍNIO CIVIL PANTANAL SHOPPING.	23.6.2022	R\$ 10.000,00
16. TJMG. 2º GRAU. NÚMERO: 1.0000.22.021431-6/001.	CRIANÇA PRETA SUBMETIDA AOS CUIDADOS DE UMA SERVIDORA PÚBLICA INFANTIL RACISTA.27	UNIDADE MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO INFANTIL DO	12.5.2022	R\$ 10.000,00

nulidade pelo vício da extra petita. Ademais, segundo o Princípio do Livre Convencimento, o magistrado tem liberdade quando da avaliação das provas produzidas no processo desde que fundamente o porquê chegou àquele resultado, sem que isso se confunda com julgamento extra petita e parcial. 2. Configura dano moral indenizável a abordagem do consumidor na frente de outros clientes, pelo segurança do estabelecimento comercial (supermercado), em razão de suspeita infundada de furto. 3. Deve ser mantido o quantum fixado a título de reparação dos danos morais quando arbitrado com proporcionalidade e razoabilidade (no caso, R\$ 10.000,00), em atenção às peculiaridades do caso, sobretudo, a extensão do dano. 4. HONORÁRIOS RECURSAIS. Conforme § 11 do art. 85 do CPC, o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. (TJGO - AC: 52530466420218090164 CIDADE OCIDENTAL, Relator: Des(a). DESEMBARGADOR JAIRO FERREIRA JUNIOR, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: (S/R) DJ).

²⁶ Recurso de Apelação Cível nº 1016406-46.2018.8.11.0041 – Capital Apelantes: Condomínio Civil Pantanal Shopping Edward Sant'Ana Pinheiro Apelados: os mesmos E M E N T A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – ABORDAGEM EM PÚBLICO SOB ALEGAÇÃO DE SUSPEITA DE ROUBO EM SHOPPING – HIPÓTESE NÃO CONFIRMADA – CONDUÇÃO À SALA DE SEGURANÇA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – DANO MORAL CONFIGURADO – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM ARBITRADO – VALOR EXCESSIVO – MINORAÇÃO – DESISTÊNCIA DO AUTOR EM RELAÇÃO A UM DOS DEMANDADOS – CONDENAÇÃO EM CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDA – ART. 90, DO CPC – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE – RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO ADESIVO DESPROVIDO. A abordagem de cliente, sob a alegação de suspeita de crime que não praticou, além da condução à sala reservada, onde sofreu agressões físicas e verbais, caracteriza constrangimento ilegal e viola direitos personalíssimos do indivíduo, passível de reparação civil, por dano moral. O arbitramento do valor da indenização decorrente de dano moral deve ser feito de acordo com os aspectos do caso, sempre com bom senso, moderação e razoabilidade, atentando-se à proporcionalidade com relação ao grau de culpa, extensão e repercussão dos danos e à capacidade econômica das partes, devendo ser reduzido o valor arbitrado na sentença, quando não se apresenta consentâneo com a realidade do caso concreto. *In casu*, considerando que ao ajuizar o pedido principal o autor desistiu da ação em relação a um dos demandados, correta a condenação nas custas processuais e honorários advocatícios, em observância ao disposto no art. 90, do CPC. (TJ-MT 10164064620188110041 MT, Relator: CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, Data de Julgamento: 22/06/2022, Terceira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/06/2022).

²⁷ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CRIANÇA SUBMETIDA AOS CUIDADOS DE SERVIDORA MUNICIPAL DESPREPARADA - ESCOLA PÚBLICA INFANTIL - APELIDO IMPRÓPRIO - COMENTÁRIOS OFENSIVOS PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE ATIVA DA GENITORA - TEORIA DA ASSERTÃO 1. Conforme a teoria da asserção, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, as condições da ação devem ser aferidas a partir das afirmações deduzidas na petição inicial. 2. Hipótese na qual, de uma análise puramente abstrata da peça inicial, não se extrai a ilegitimidade ativa da genitora da infante. Alegação que se confunde com o mérito. 3. Preliminar rejeitada. MÉRITO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - NEXO DE CAUSALIDADE

		MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - UMEI NOVA IORQUE.		
17. TJRJ. 2º GRAU. NÚMERO: 0017813- 40.2021.8.19.0 021 202270051593 53.	AUTOR QUE AO PASSAR EM FRENTE A UMA DAS LOJAS DA RÉ FOI ABORDADO POR SEGURANÇAS QUE, TENDO SOLICITADO O AUXÍLIO DA FORÇA POLICIAL, O ACUSOU DE HAVER PRATICADO SUBTRAÇÃO DE PRODUTOS NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO. NÃO SATISFEITOS OS PREPOSTOS CONDUZIRAM O AUTOR AO INTERIOR DA LOJA TENDO ELE, CONTUDO, PERMANECIDO EM LOCAL AMPLAMENTE VISÍVEL POR TODOS QUANTOS POR ALI PASSAVAM PERCEBENDO CLARAMENTE QUE ESTAVA SENDO	LOJAS AMERICANAS	11.4.2022	R\$ 20.000,00

CONFIGURADO - DANOS MORAIS "IN RE IPSA" SOFRIDOS PELA CRIANÇA - DANOS MORAIS REFLEXOS EM FACE DA GENITORA - NÃO CARACTERIZAÇÃO - MANUTENÇÃO DO VALOR ARBITRADO - RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - EVENTO DANOSO 1. Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, a Administração Pública responderá objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. 2. "O dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social. (...) O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima." (STJ, REsp 1.245.550/MG) 3. Evidenciado o nexo de causalidade entre as condutas da servidora pública, professora da rede de ensino municipal infantil, e os danos morais sofridos pela criança que frequentava o berçário, e não comprovada qualquer excludente de responsabilidade pelo Município de Belo Horizonte, resta configurado o dever de indenizar. Quantum indenizatório arbitrado em valor razoável e condizente com as especificidades do caso concreto. 4. Danos morais reflexos não comprovados nos autos, o que enseja a reforma da sentença para decotar a condenação do ente público em relação à genitora da infante. 5. Nas indenizações por danos morais, tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso, nos termos do art. 398 do CC/2002 e Súmula 54 do STJ. 6. Recuso parcialmente provido. TJMG - AC: 10000220214316001 MG, Relator: Áurea Brasil, Data de Julgamento: 12/05/2022, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/05/2022.

	ACUSADO DE ROUBO OU FURTO. ²⁸			
18. TJRJ. 2º GRAU. NÚMERO: 0050308- 47.2019.8.19.0 203.	CONSTRANGIMENTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. RACISMO ESTRUTURAL. ABORDAGEM VEXATÓRIA, FEITA COM EXCESSO, REALIZADA POR PREPOSTO DA RÉ, SOB ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE ADOLESCENTES QUE VÃO AO LOCAL PARA FURTAR PRODUTOS. CONSUMIDOR	SENDAS DISTRIBUIDO RA S.A (ASSAÍ ATACADISTA).	11.2.2022	R\$ 30.000,00

²⁸ PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO CONSELHO RECURSAL RECURSO Nº: 0017813-40.2021.8.19.0021 Recorrente (ré): LOJAS AMERICANAS S/A. Recorrido (autor): VINICIUS SANTOS GOMES DE OLIVEIRA Origem: 3º Juizado Especial Cível da Comarca de Duque de Caxias - RJ Relator: Juiz Mauro Nicolau Junior Por unanimidade a 2ª Turma Recursal deliberou em conhecer do recurso e negado provimento nos termos do voto do juiz relator. I - Autor que ao passar pela frente de uma das lojas da ré foi abordado por seguranças que, tendo solicitado o auxílio da força policial, o acusou de haver praticado subtração de produtos no interior do estabelecimento. II - Não satisfeitos os prepostos conduziram o autor ao interior da loja tendo ele, contudo, permanecido em local amplamente visível por todos quantos por ali passavam percebendo claramente que estava sendo acusado de roubo ou furto. III - Verificadas as filmagens os prepostos confirmaram o que o autor insistia em alegar (sem êxito) ou seja, que sequer havia entrado no estabelecimento. IV - Os fatos foram presenciados por testemunha que prestou detalhado depoimento em audiência. V - Sentença que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 que se revela ínfimo se comparado ao elevado grau de censurabilidade e truculência com que agiram os seguranças da ré bem como ante o precedente do TJRJ em processo envolvendo a mesma ré LOJAS AMERICANAS que apontam para um padrão de comportamento que certamente merece reprimenda a altura. VI - Recurso a que se nega provimento. VII - Ônus sucumbenciais no voto. ACÓRDÃO VINICIUS SANTOS GOMES DE OLIVEIRA ajuizou ação de obrigação de fazer c/c perdas e danos contra LOJAS AMERICANAS S/A. Informa que no dia 30/01/2020 ao transitar na praça do metrô de Botafogo junto com sua colega de trabalho, Roniany, foi abordado por dois policiais militares e um segurança da ré que estava lhe acusando de ter realizado um roubo no interior da loja. Relata que contestou tal acusação já que em nenhum momento teria entrado na loja da ré, muito menos realizado um roubo. Pontua que foi acompanhado pelos policiais e o funcionário da ré até a loja em questão para verificar as filmagens e confirmar ou não a acusação. O autor narra que ao analisar as filmagens os policiais constataram que a acusação era inverificada e que o autor não esteve dentro da loja da ré naquele dia. Conta que os policiais não tomaram nenhuma providência contra o preposto da ré, assim, o autor realizou o Registro de Ocorrência sob o nº 010-00745/2020-01, que não surtiu efeito. Informa que continua sendo intimidado pelo segurança da ré, já que precisa passar em frente à loja da ré para se dirigir ao seu trabalho. Diante do exposto, requer: 1. Deferimento do pedido de GRATUIDADE DE JUSTIÇA, para todos os fins de direito; 2. Seja determinada a INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA em favor da parte autora, com base na norma enunciada no artigo 6º, inciso VIII da Lei nº 8.078/90 e ante a hipossuficiência técnica da consumidora; 3. Que seja designada audiência de conciliação ou mediação na forma do previsto no artigo 334 do NCPC; 4. Citação da ré, no endereço supracitado, nos exatos termos do art. 213, com as prerrogativas do art. 172, ambos do CPC, para apresentar defesa escrita, sob pena de revelia e confissão quanto à matéria de fato; 5. Seja julgado PROCEDENTE o pedido para CONDENAR a ré a PAGAR INDENIZAÇÃO NÃO INFERIOR A R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), para satisfação dos danos morais causados a parte autora, com juros de mora de 12% ao ano a partir da citação e correção monetária desde o ajuizamento da causa; 6. A condenação da Ré em custas processuais e honorários advocatícios, estes em 20%. (TJ-RJ - RI: 00178134020218190021 20227005159353, Relator: Juiz(a) MAURO NICOLAU JÚNIOR, Data de Julgamento: 07/04/2022, CAPITAL 2a. TURMA RECURSAL DOS JUI ESP CIVEIS, Data de Publicação: 11/04/2022).

		CRIANÇA DE 10 ANOS.29		
19.	TJGO. 2º GRAU. NÚMERO: 568387517201 98090007.	REQUERENTE FOI VÍTIMA DE FALA DISCRIMINATÓRIA E PRECONCEITUOSA POR PARTE DO MOTORISTA DO APLICATIVO RECORRENTE.30	99 TECNOLOGIA LTDA.	26.9.2021 R\$ 10.000,00

²⁹ APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. PRÁTICA DE ATO ILÍCITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. Constrangimento no interior de estabelecimento comercial. Racismo Estrutural. Abordagem vexatória, feita com excesso, realizada por preposto da Ré, sob alegação de existência de adolescentes que vão ao local para furtar produtos. Consumidor criança de 10 anos. Falha na prestação do serviço evidenciada, Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco do Empreendimento. Ato ilícito. Artigo 373, inciso II, do CPC e artigo 14, § 3º, do CDC. Dano moral configurado. Infração a comando constitucional do art. 6º da CF. Inobservância do Estatuto da Criança e do Adolescente. Excesso cometido na abordagem do Autor, que se deu de forma vexatória, o que evidentemente acarreta angústia, insegurança e abalo, bem como uma sensação de medo e injustiça. Inaceitável naturalização de racismo. Dano moral adequado e proporcional ao sofrimento experimentado. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RJ - APL: 00503084720198190203, Relator: Des(a). ANDREA MACIEL PACHA, Data de Julgamento: 09/02/2022, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/02/2022).

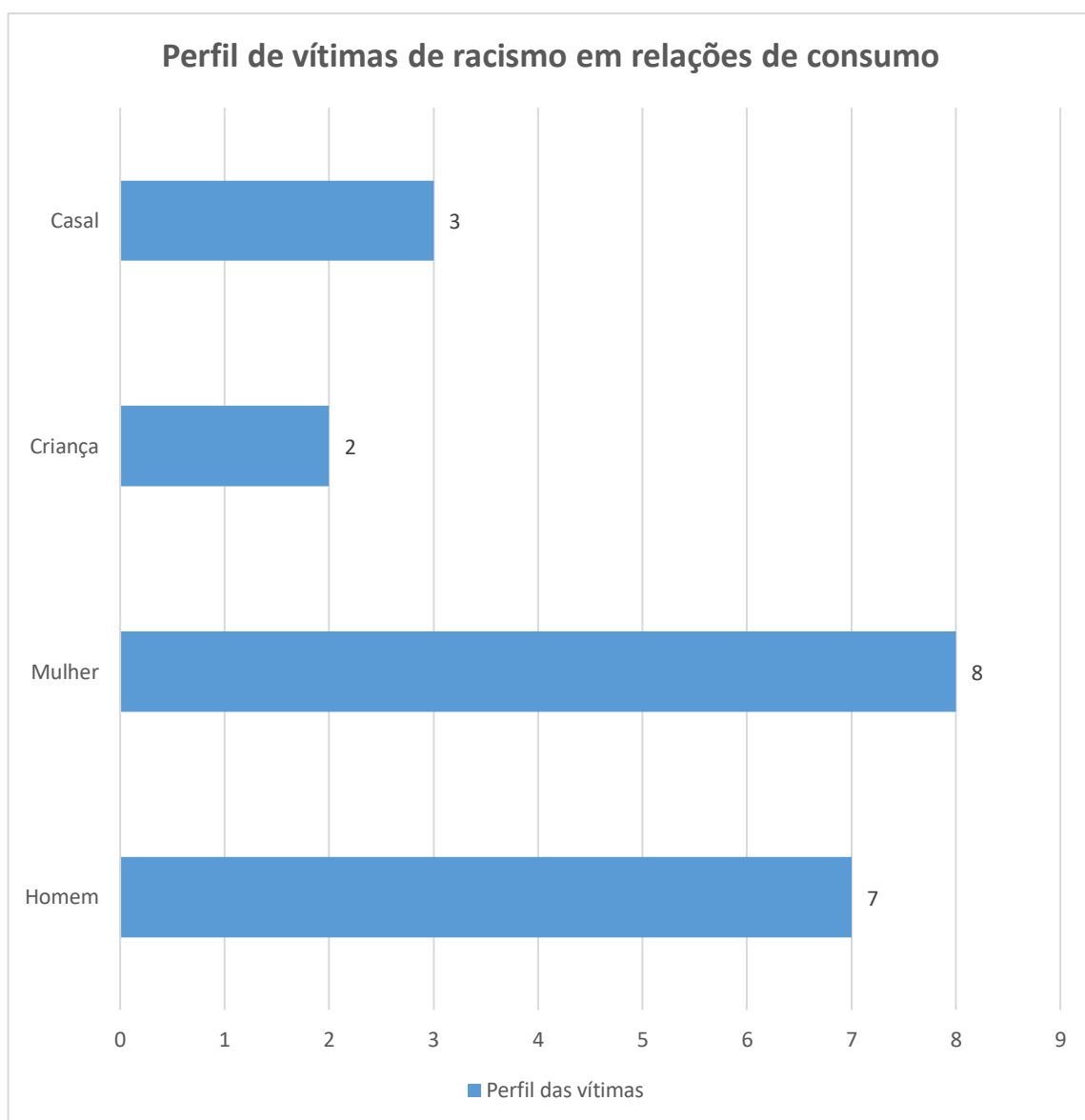
³⁰ EMENTA: RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO POR PARTE DO MOTORISTA DE APLICATIVO DE TRANSPORTE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CADEIA DE CONSUMO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Sendo a 99 Tecnologia Ltda. uma empresa de tecnologia responsável pela intermediação de passageiros e motoristas, não há que se falar em ilegitimidade passiva ad causam. Isso porque a empresa recorrente auferiu lucro com o contrato de transporte firmado entre passageiro e motorista e, portanto, integra a chamada cadeia de consumo. Inclusive, o STJ vem decidindo que todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado respondem solidariamente por eventual defeito ou vício, isto é, toda a cadeia de fornecimento é responsável pela garantia e adequação dos serviços/produtos colocados no mercado. 1 2. A propósito, em mais de uma oportunidade, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás optou por afastar a tese de ilegitimidade passiva levantada pela empresa Uber, sob o argumento de que o aplicativo de transporte participa concretamente da cadeia de consumo, já que disponibiliza sua plataforma digital para transportar o passageiro ao destino solicitado. Assim sendo, entende-se que a responsabilidade, nesses casos, é solidária, com base no art. 7º, parágrafo único e 34, ambos do CDC. 2 3. Pois bem. Em análise detida dos autos, constata-se que andou bem a juíza de primeiro grau ao acolher a tese autoral, pois, de fato, o requerente foi vítima de fala discriminatória e preconceituosa por parte do motorista do aplicativo recorrente. 4. Como é de curial sabença, o dever de indenizar pressupõe a confluência de três requisitos: a prática de uma conduta antijurídica, comissiva ou omissiva, a existência de um dano e o nexo de causalidade entre esses dois primeiros elementos (arts. 186 e 927 do Código Civil). 5. No caso em análise, por se tratar de relação de consumo, a responsabilidade é de natureza objetiva, o que torna dispensável a presença do elemento culpa, somente exigível quando a responsabilidade for subjetiva. 6. Sem qualquer justificativa plausível, em conversa com o autor/passageiro, o motorista do aplicativo afirmou que está me cheirando bem não e C vai me roubar, o que indubitavelmente configura ato ilícito passível de indenização. 7. A propósito, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação? (Art. 3º, inciso IV, Constituição Federal), de modo que cabe ao Estado-juiz coibir qualquer tipo de prática discriminatória. 8. Comprovada a conduta antijurídica, importa ressaltar que os danos morais também restaram devidamente demonstrados, pois o teor dos comentários feitos pelo motorista é extremamente ofensivo. Conforme narrado na inicial, o autor se autodeclara um jovem negro. A propósito, para a doutora em antropologia e professora da UFG, Luciene Dias, a promoção do autorreconhecimento é um dos passos para o enfrentamento do racismo. Segundo ela, afirmar-se e identificar-se em um país tão racista como o Brasil é tão importante que se apresenta para nós como ato antirracista. Nos reconhecer é o primeiro passo para que possamos nos autodeclarar negros e negras. E o autorreconhecimento é um processo extremamente complexo para a população negra brasileira, pois a nossa identidade foi construída a partir da negação.²³ Nessas condições, o fato de o motorista do aplicativo ter se negado a transportar o autor, dizendo que ele iria roubá-lo, aliado ao fato de que o requerente se identifica como negro, demonstra a gravidade da conduta danosa e justifica a fixação do valor indenizatório em R\$ 10.000,00, razão pela qual a sentença deve ser mantida incólume. 9. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO para manter a sentença

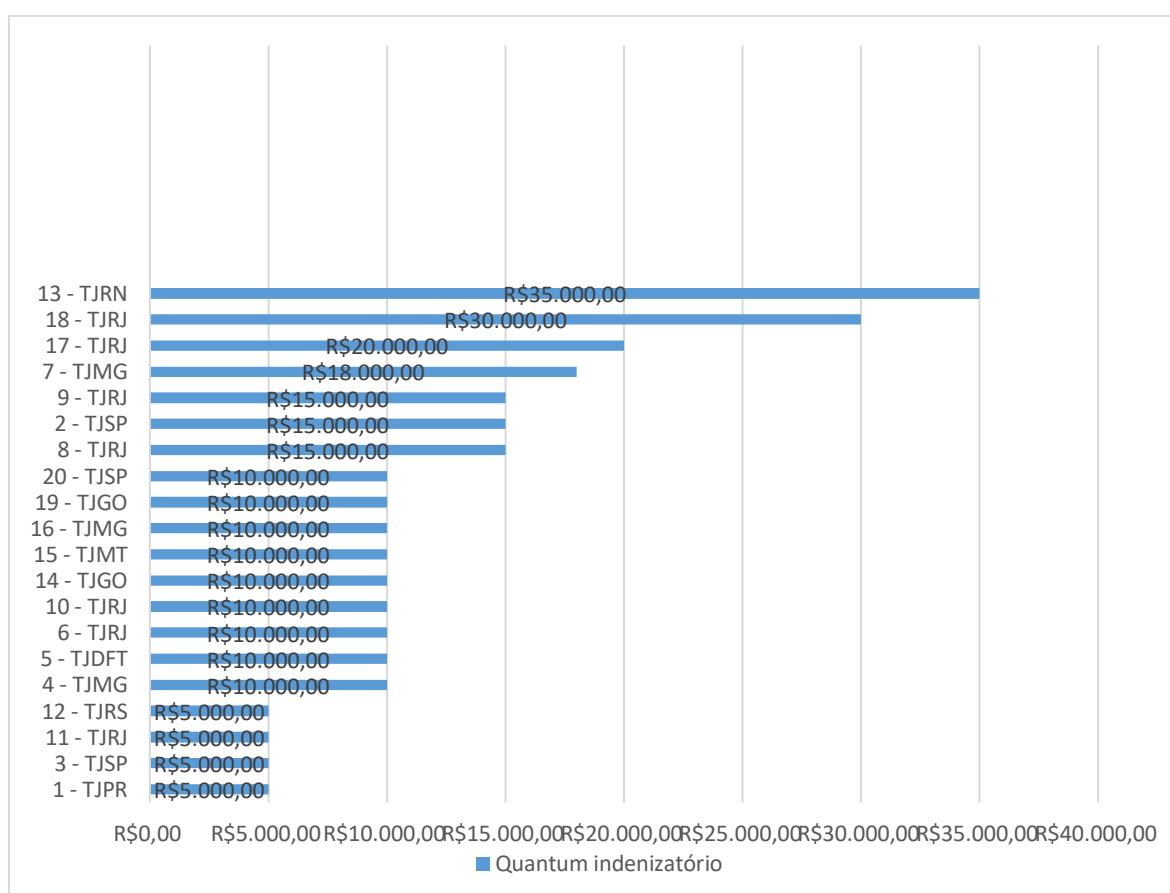
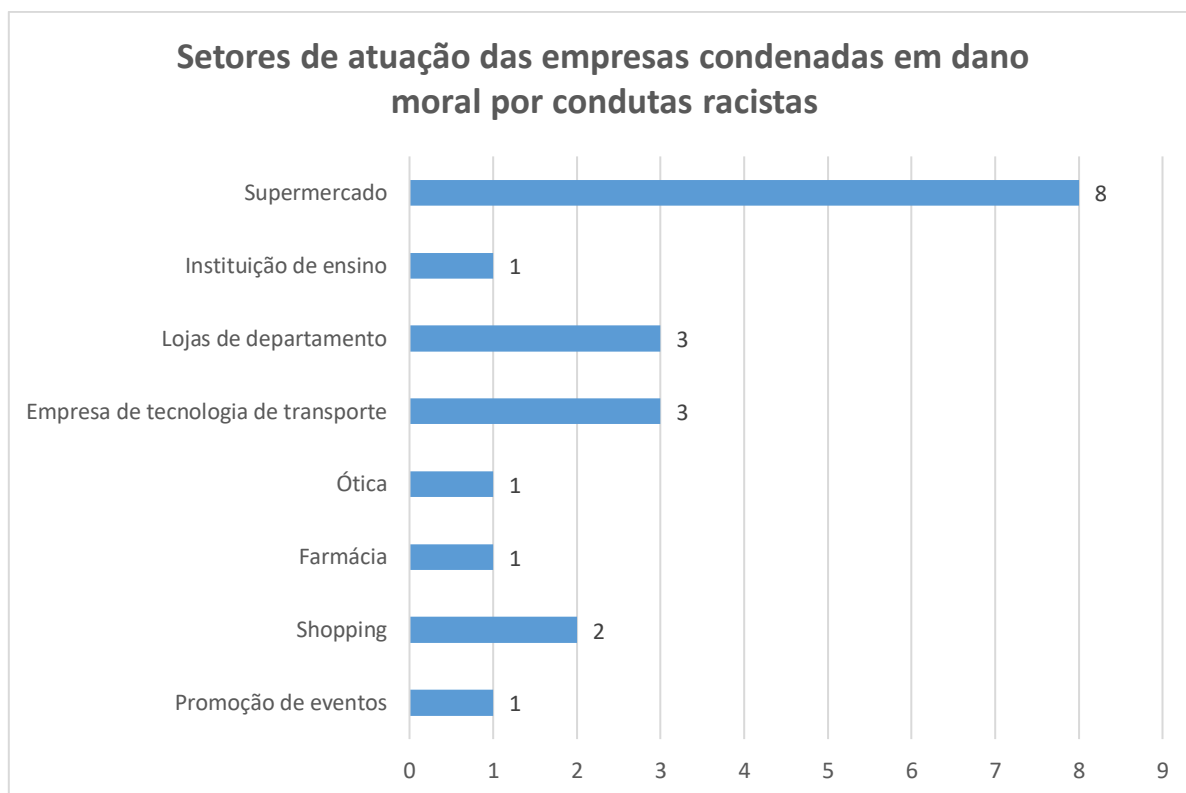
20.	TJSP. 2º GRAU. NÚMERO: 1013067- 10.2017.8.26.0 005.	ABORDAGEM RACISTA EM INTERIOR DE SUPERMERCADO. ACUSAÇÃO DE FURTO DE PILHAS.31	SUPERMERC ADO PEPE	17.9.2019	R\$ 10.000,00

Colocado o estado da arte, põe-se lupa em alguns dados por meio dos gráficos abaixo, esclarecendo-se que: para os fins da pesquisa jurisprudencial acima realizada, 100% (cem por cento) corresponde as últimas 20 (vinte) decisões de mérito (sentenças e acórdãos) em que tribunais estaduais: (i) reconheceram racismo em relações de consumo; e, em ato subsequente, (ii) condenaram empresas a indenizar por dano moral.

vergastada. Recorrente, vencido, condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da condenação, nos termos do art. 55 da Lei 9.099/95. TJGO 56838751720198090007, Relator: DIORAN JACOBINA RODRIGUES, 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais, Data de Publicação: 26/09/2021.

³¹ Ementa. Demonstrados a calúnia e o racismo de que o autor foi vítima no supermercado, a infundada acusação de furto de pilhas, o chamar de negão e a abordagem indiscreta e vexatória, reconhece-se o dano moral, acolhe-se a demanda e se impõe condenação à ré ao pagamento de indenização dessa natureza, arbitrada em dez mil reais. (TJ-SP - AC: 10130671020178260005 SP 1013067-10.2017.8.26.0005, Relator: Celso Pimentel, Data de Julgamento: 17/09/2019, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/09/2019).





CONSIDERAÇÕES FINAIS

As indesejáveis constatações:

- a. A grande maioria dos mais de quinhentos casos julgados por tribunais estaduais sobre o tema da discriminação racial em relações de consumo corroboram enorme dificuldade no reconhecimento da presença de racismo em relações de consumo;
- b. Arigor, até mesmo quando se reconhece o dano moral, anota-se no mais das vezes cuidar-se de *ilações que não permitem ao juízo deduzir por ter havido racismo, por exemplo, em abordagem discriminatória em supermercados e shoppings*³²;
- c. As constatações “a” e “b” vão ao encontro do fato de que, segundo o Conselho Nacional de Justiça, o percentual de pessoas negras (pretos e pardos) na magistratura brasileira é de 21% (2020, pois até 2013 o percentual era de 12%)³³;
- d. A partir das constatações “a”, “b” e “c”, verifica-se a urgência de *letramento racial* e humanista por parte de quem tem o dever constitucional de julgar;
- e. A análise de similitude de casos, como apontado no *método Sanseverino* (ou *bifásico*) de aplicação do dano moral³⁴, pode (deve) facilitar ao

³² EMENTA. RECURSO INOMINADO. INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. CONTRATO DE TRANSPORTE POR INTERMÉDIO DE APLICATIVO (UBER). MOTORISTA QUE, SEM MOTIVO APARENTE, ABORTA A VIAGEM E DISPENSA O PASSAGEIRO NO MEIO DO TRAJETO, OBRIGANDO ESTE À TOMADA DE OUTRO TRANSPORTADOR. ILAÇÕES SOBRE MOTIVOS DE ‘RACISMO ESTRUTURAL’ QUE NÃO RESTARAM MINIMAMENTE PROVADAS. PRESENTE RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO APLICATIVO. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO. TJRS - Recurso Cível: 71010320083 PORTO ALEGRE, Relator: Luiz Augusto Guimaraes de Souza, Data de Julgamento: 18/05/2022, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: 20/05/2022.

³³ *Com política de cotas, dobra percentual de negros e negras a ingressar na magistratura*. Disponível em: < [³⁴ “Tal modelo foi sugerido e implementado na jurisprudência contemporânea, sobretudo, a partir da iniciativa do ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Em obra doutrinária, Sanseverino aponta, no exame crítico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relativa à indenização dos danos extrapatrimoniais pelo dano-morte que, “embora seja importante que se tenha um montante referencial \(...\) isso não deve representar um arbitramento tarifário rígido, o que entraria em rota de colisão com o próprio princípio da reparação integral. Cada caso apresenta particularidades próprias e variáveis importantes, como a gravidade do fato em si, a culpabilidade do autor do dano, a intensidade do sofrimento das vítimas por ricochete, o número de autores, a situação socioeconômica do responsável, que são elementos de concreção que devem ser sopesados no momento do arbitramento equitativo da indenização pelo juiz”. In: SANSVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 383.](https://www.cnj.jus.br/com-politica-de-cotas-dobra-percentual-de-negros-e-negras-a-ingressar-na-magistratura/#:~:text=O%20percentual%20de%20pessoas%20negras,%25%2C%20entre%202019%20e%202020.> . Acesso: 31 ago. 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

juízo perceber, pela jurisprudência precedente, casos de racismo em relações de consumo;

- f. Conforme a pesquisa jurisprudencial trazida à baila, a média indenizatória de condenação por dano moral em casos de discriminação racial na sociedade de consumo é de R\$ 12.900,00 (doze mil e novecentos reais);
- g. Embora *a priori* possa parecer que o valor médio encontrado pela pesquisa jurisprudencial deste estudo seja maior, por exemplo, do que casos em que há inscrição indevida de consumidor em serviço de proteção ao crédito (média de R\$ 5.000,00 – cinco mil reais), os casos acima, se bem analisados, não raro envolvem agressões verbais (*negão, vagabundo, preto, macaquinha* são termos encontrados nas decisões acima colacionadas), agressões físicas (por parte de seguranças e policiais militares, no mais das vezes), o que se dá geralmente contra mulheres pretas, mas também contra homens pretos e, ademais, contra crianças pretas.

Em linhas de conclusão, e ao se olhar para o noticiário brasileiro, o qual registra diariamente casos de *racismo líquido em relações de consumo*³⁵, e comparar aos raríssimos casos levados ao Poder Judiciário, menos ainda reconhecidos como passíveis da incidência de responsabilidade civil e do consequente dever de indenizar por danos extrapatrimoniais, o que se pode deduzir é que há um desestímulo, tanto financeiro (*vide* decisões colacionadas) quanto de descrença (ainda é comum no Brasil frases como “o racismo é crime, mas eu falo com o meu vizinho, que é preto, então jamais serei racista”), para que pessoas pretas, vítimas de racismo, dirijam-se ao Poder Judiciário em busca de alguma forma de reparação.

Outra conclusão: *o direito não é só coisa que se sabe, mas também, e principalmente, coisa que se sente, como dizia o sergipano Tobias Barreto*³⁶, e esta talvez seja a razão pela qual não surpreende tanto que a maior indenização conferida em caso de racismo em relações de consumo, como visto acima, no patamar de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), seja proveniente de um projeto de sentença de uma juíza leiga (juizado especial de Mossoró, no Rio Grande do Norte).

³⁵ Neste sentido permita-se remeter o leitor a: SILVA, Jonas Sales Fernandes da. *Capítulo 15 - Nem todos somos Consumidores! In: Estudos contemporâneos de direito do consumidor*. Santo Ângelo: Metrics, 2023, pp. 224-245.

³⁶ BARRETO, Tobias. *Monografias em alemão*. Sergipe: Secretaria de Educação e Cultura, 1978.

A bem da verdade, é que *o caminho da ciência para a consciência* (da regra para a produção da norma, se se preferir usar um termo de Eros Roberto Grau³⁷) *deve se dar por meio do humanismo*, e neste sentido é preciso aprender com o poeta gaúcho Mario Quintana, isto é, conseguir singularidade na pluralidade³⁸: de informações, de dados, de casos, de pessoas, de verdades.

E *não podemos mais esperar*³⁹: diante da constatação geral de que a responsabilidade civil não tem cumprido de forma satisfatória nenhuma de suas funções⁴⁰, o que desprestigia à toda evidência o *humanismo como categoria constitucional*⁴¹, assim como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/1988), a igualdade (art. 5º, CRFB/1988), a vedação à discriminação (art. 3º, IV, CRFB/1988), descambiando, por via de consequência, para a trilha da indiferença ao princípio jurídico (e direito básico) da reparação integral de

³⁷ Assim Eros Grau: “Em síntese: a interpretação do Direito tem caráter constitutivo – não, pois, meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção (=concretizar) ao Direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do Direito na realidade; operar a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda, opera a sua inserção na vida. A interpretação/aplicação do Direito vai do universal ao particular.” In: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 16.º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 157-158. Também Lenio Streck, para quem: “a norma é sempre o sentido que se faz apenas na concretude. A prescrição justapositiva seria mero abalizador na estruturação da norma. A lei (texto normativo) em si não contém as normas jurídicas, que são fruto de um complexo processo de concretização.”. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário hermenêutico: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª ed. – Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento, Casa do Direito, 2020, p. 419.

³⁸ “Há uma poesia do insuperável Mario Quintana, chamada “Marciano” (publicada no livro *Esconderijos do Tempo*, em 1980) que lá pelas tantas registra “Uma cadeira? Não. A cadeira. Tudo é singular! ”. O poeta rio grandense estava a se referir a uma coisa, a um bem, e ainda assim se percebe o cuidado ao tirar o trecho do artigo indefinido para o definido “a”. A reflexão que salta à mente: se até com a cadeira deve-se ter o devido cuidado de não generalizar, será que são válidos argumentos, por exemplo, ditos do presidente ao cidadão comum (porque no Brasil parece ainda haver graus de dignidade da pessoa humana) em tempos de pandemia de coronavírus, de que “esse vírus só atinge velhos”, ou que “se apenas 13,5% (IBGE) dos brasileiros estão correndo perigo de vida, os idosos, por que parar a economia e adotar regime de quarentena”? Perdoem-me os estatísticos e igualmente os liberais a todo custo, mas o dado é qualitativo e não quantitativo. Não pode existir generalidade naquilo que é ímpar por natureza. O ente querido nunca será “x” ou “y” para aquele que o perde.”. In: *Recanto das letras – Jonas Sales*. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/pensamentos/6892439>>. Acesso: 31 ago. 2023.

³⁹ KING JUNIOR, Martin Luther. *Por que não podemos esperar*. Tradução de Sarah Pereira. São Paulo: Faro Editorial, 2020.

⁴⁰ “Cremos que no direito brasileiro do alvorecer do século XXI, a conjunção dessas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) Função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas. Certamente há uma função preventiva subjacente às três anteriores, porém consideramos a prevenção um princípio do direito de danos e não propriamente uma quarta função. A prevenção detém inegável plasticidade e abertura semântica, consistindo em uma necessária consequência da incidência das três funções anteriores. Isso não impede que se manifeste com autonomia, aliás, objetivo primordial da responsabilidade civil contemporânea.” In: ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil. A Reparação e a Pena Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

⁴¹ A expressão é do sempre ministro Ayres Britto: In: AYRES BRITTO, Carlos. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 72.

consumidores (art. 6.º, VI, CRFB/1988), é preciso agir: mudanças na três esferas de Poder⁴² para permitir que, no Judiciário, haja aplicação dos institutos: (i) do *disgorgement* (sobretudo em relação ao ódio lucrativo de fornecedores racistas em redes sociais); e (ii) do *dano social* já!

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. **Quincas Borba**. Editora Ática, São Paulo, 2002.

AYRES BRITTO, Carlos. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARRETO, Tobias. **Monografias em alemão**. Sergipe: Secretaria de Educação e Cultura, 1978.

BENJAMIN, Antonio; MARQUES, Claudia; BESSA, Leonardo. III. **Campo de Aplicação do CDC** In: BENJAMIN, Antonio; MARQUES, Claudia; BESSA, Leonardo. Manual de Direito do Consumidor - Ed. 2022.

⁴² No âmbito do Poder Executivo, cumprimenta-se aqui, por dever de honestidade, a iniciativa da Coordenação-Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, pela elaboração, em 17.5.2023, da Nota Técnica n. 14/2023/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, na qual se destacam 10 (dez) Diretrizes ao Racismo nas Relações de Consumo: 1) Igualdade e não-discriminação: A proteção da pessoa negra consumidora deve ser baseada nos princípios da igualdade e da não-discriminação, garantindo o respeito à dignidade e a eliminação de todas as formas de discriminação e violência; 2) Proteção de direitos dos consumidores negros: A proteção dos direitos das pessoas negras consumidoras deve ser assegurada por meio da garantia contra práticas comerciais racistas e contra a discriminação nas condições de acesso aos produtos e serviços, inclusive por combinações de algoritmos e impulsionamento de discurso de ódio racista em redes sociais; 3) Educação e conscientização: A educação e a conscientização sobre direitos e valorização da cultura da pessoa negra deve ser promovida, visando a formação da sociedade para eliminação de estereótipos e preconceitos; 4) Comunicação publicitária não-racista: Os fornecedores de produtos e serviços devem adotar uma comunicação não racista em campanhas publicitárias e a utilização de estereótipos não deve ser admitida, bem como a promoção de produtos ou serviços que reforcem esta condição, devendo sempre atender a diversidade étnico-racial presente nas relações de consumo; 5) Preços justos e igualdade de acesso: Os fornecedores de produtos e serviços devem garantir preços justos e a igualdade de acesso; 6) Garantia de segurança e qualidade: Os fornecedores de produtos e serviços devem garantir medidas de controle de qualidade e segurança desde a fabricação até a comercialização e as informações sobre os riscos associados ao uso devem ser claramente comunicadas aos consumidores; 7) Participação da pessoa negra consumidora na tomada de decisão: As pessoas negras consumidoras devem ser representadas e ter voz ativa em órgãos e instâncias de proteção aos direitos provenientes das relações de consumo, de forma a garantir que as políticas de proteção sejam sensíveis às necessidades e aos seus interesses; 8) Cooperação e parceria: A proteção da pessoa negra consumidora deve ser promovida em cooperação entre os membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, órgãos de proteção, as organizações de defesa dos direitos humanos, além dos fornecedores de produtos e serviços para estabelecer a harmonia das relações de consumo; 9) Regulamentação e fiscalização: As práticas de proteção à pessoa negra consumidora deve ser baseada em uma legislação clara e efetiva, que assegure a igualdade de tratamento no acesso a produtos e serviços de consumo; e 10) Promoção de ações afirmativas: Os fornecedores de produtos e serviços e os órgãos de proteção devem promover ações afirmativas para fomentar a igualdade e o combate à discriminação racial nas relações de consumo. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-14-2023-cgemm-dpdc-senacn-mj.pdf>>. Acesso: 1º set. 2023.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BODIN, Maria Celina. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. **O Advogado e o Imperador: a história de um herói brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16.º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

KING JUNIOR, Martin Luther. **Por que não podemos esperar**. Tradução de Sarah Pereira. São Paulo: Faro Editorial, 2020.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; e BESSA, Leonardo Roscoe. (orgs.). **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando Rodrigues; MARTINS, Guilherme Magalhães; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direito do consumidor aplicado: garantias do consumo**. Jonas Sales (org.). São Paulo: Foco, 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil. A Reparação e a Pena Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANDEL, Michael J. **O que é fazer a coisa certa**. 35ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022.

SANSVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 383.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Jonas Sales Fernandes da. **Capítulo 15 - Nem todos somos Consumidores! In: Estudos contemporâneos de direito do consumidor**. Santo Ângelo: Metrics, 2023.

SOUZA, Jessé. **Como o racismo criou o Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário hermenêutico: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. – Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento, Casa do Direito, 2020.

AINDA SOBRE A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Werson Rêgo

Renato Porto

RESUMO

O artigo examina em profundidade o instituto da inversão do ônus da prova, com foco nas previsões contidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e no Código de Processo Civil de 2015 (CPC). Inicialmente, apresenta-se a evolução histórica e doutrinária da inversão do ônus da prova, passando pelos princípios que orientam sua aplicação, como a hipossuficiência e a verossimilhança. A distinção entre a inversão judicial (ope judicis) e a inversão legal (ope legis) é explorada, destacando as circunstâncias em que cada modalidade se aplica, especialmente no âmbito das relações de consumo. São abordados os impactos da inversão nos contratos de adesão e empresariais, com especial atenção à sua relevância para o equilíbrio contratual e à distribuição dinâmica das responsabilidades entre as partes. O artigo também avança no debate sobre a aplicação da inversão do ônus da prova em questões contemporâneas, como a segurança digital e as plataformas de criptomoedas, refletindo sobre a proteção dos consumidores e a adequação das normas processuais frente às novas tecnologias. Conclui-se que, apesar das controvérsias, a inversão do ônus da prova é um mecanismo fundamental para promover o acesso equitativo à justiça e garantir a isonomia entre as partes no processo civil contemporâneo.

Palavras-chave: inversão do ônus da prova, CDC, defesa do consumidor, processo civil, CPC 2015, hipossuficiência, verossimilhança, acesso à justiça, isonomia, equidade, segurança digital, contratos de adesão, equilíbrio contratual.

ABSTRACT

The article provides an in-depth examination of the burden of proof reversal, focusing on the provisions within the Brazilian Consumer Defense Code (CDC) and the Civil Procedure Code of 2015 (CPC). It first outlines the historical and doctrinal evolution of burden of proof reversal, highlighting key principles such as vulnerability and plausibility. The distinction between judicial (ope judicis) and legal (ope legis) reversals is thoroughly explored, emphasizing the circumstances under which each form applies, particularly within consumer relations. The paper discusses the impact of this reversal on adhesion and business contracts, especially regarding its importance for maintaining contractual balance and the dynamic distribution of responsibilities between parties. Furthermore, the article delves into contemporary issues, such as digital security and cryptocurrency platforms, considering how the burden of proof reversal adapts to protect consumers in the face of new technologies. The conclusion asserts that, despite controversies, burden of proof reversal remains a fundamental mechanism to ensure equitable access to justice and to uphold equality between the parties in modern civil proceedings.

Keywords: burden of proof reversal, CDC, consumer defense, civil procedure, CPC 2015, vulnerability, plausibility, access to justice, equality, equity, digital security, adhesion contracts, contractual balance.

RESUMEN

El artículo ofrece un análisis profundo sobre la inversión de la carga de la prueba, enfocándose en las disposiciones del Código de Defensa del Consumidor (CDC) y el Código de Procedimiento Civil de 2015 (CPC). En primer lugar, se describe la evolución histórica y doctrinal de la inversión de la carga probatoria, subrayando los principios clave como la hiposuficiencia y la verosimilitud. Se explora la distinción entre la inversión judicial (*ope iudicis*) y la inversión legal (*ope legis*), haciendo hincapié en las circunstancias en las que cada modalidad se aplica, especialmente en las relaciones de consumo. Además, se discuten los impactos de esta inversión en los contratos de adhesión y empresariales, destacando su relevancia para el equilibrio contractual y la distribución dinámica de las responsabilidades entre las partes. El artículo también aborda temas contemporáneos, como la seguridad digital y las plataformas de criptomonedas, reflexionando sobre la protección del consumidor y la adaptación de las normas procesales ante las nuevas tecnologías. En conclusión, a pesar de las controversias, la inversión de la carga de la prueba sigue siendo un mecanismo fundamental para garantizar el acceso equitativo a la justicia y mantener la igualdad entre las partes en el proceso civil moderno.

Palabras clave: inversión de la carga de la prueba, CDC, defensa del consumidor, proceso civil, CPC 2015, hiposuficiencia, verosimilitud, acceso a la justicia, igualdad, equidad, seguridad digital, contratos de adhesión, equilibrio contractual.

INTRODUÇÃO

Dentre os direitos fundamentais do consumidor, previstos no elenco exemplificativo do art. 6º, da Lei n. 8.078/90, no inciso VIII está consignado aquele que lhe garante a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. E, nada obstante os mais de 30 anos de vigência da norma acima referida, muitas dúvidas ainda pairam sobre a sua correta exegese e aplicação.

A determinação do que compete a quem em matéria de ônus da prova não é uma escolha aleatória ou arbitrária, ou mero expediente técnico-processual. Ela emerge da necessidade de assegurar o equilíbrio das partes no âmbito de procedimentos legais, de modo a prevenir que qualquer uma delas se apresente em posição de desvantagem substancial. Para além disso, a distribuição dos ônus probatórios visa à otimização e à eficiência do processo em si, direcionando a produção da prova sobre determinado fato à parte que reúne melhores condições para fazê-lo.

Regra geral, quem alega um fato – e não quem o nega - tem o ônus de prová-lo. O peso da evidência recairia, assim, sobre a parte que afirma a existência de um fato (ônus subjetivo da prova).

No contexto do Direito Processual Civil brasileiro, historicamente, o encargo probatório era atribuído à parte que alegava o fato constitutivo de seu direito. Contudo, essa dinâmica tem passado por transformações significativas, a fim de se adaptar às novas relações jurídicas e às realidades sociais em constante mutação. O Código de Defesa do Consumidor e, mais recentemente, o Código de Processo Civil de 2015, trouxeram um novo paradigma para o tratamento das provas, especialmente em situações que envolvem desequilíbrios informacionais e técnicos entre as partes. Nesse cenário, a inversão do ônus da prova se apresenta como ferramenta jurídica crucial para reequilibrar as relações desiguais em disputa e tornar mais efetivo o acesso da parte vulnerável à justiça.

A relevância deste tema não se restringe à teoria jurídica. Ao revés, impacta diretamente na vida prática de milhões de brasileiros, na medida em que a correta aplicação da inversão do ônus da prova pode significar a diferença entre a vitória e a derrota em um processo judicial. Mais do que isso, a sua prática também influencia a formação jurisprudencial e a aplicação de políticas públicas, funcionando como uma lente através da qual podemos examinar o próprio conceito de justiça em nosso sistema legal.

O objetivo deste breve artigo é aprofundar a análise sobre a inversão do ônus da prova, examinando as origens, as bases teóricas, a evolução doutrinária e jurisprudencial, a aplicabilidade e as implicações da inversão do ônus da prova no Direito brasileiro. Para tanto, realizaremos uma análise crítica da legislação pertinente, da doutrina e de decisões judiciais que abordam o tema. Este estudo se justifica pela necessidade de melhor compreensão de um mecanismo que, embora concebido para promover a equidade e fortalecer os direitos da parte em posição de vulnerabilidade, pode também ser alvo de críticas quanto à sua eficácia e à sua justiça intrínseca. Particular atenção será dada à distinção entre a inversão legal (*ope legis*) e a judicial (*ope judicis*) do ônus da prova, sobretudo no que tange ao momento processual adequado para que se opere.

Lançaremos, ainda que sucintamente, rápido olhar em áreas como a segurança digital e ações coletivas, propondo novas reflexões sobre a sua aplicação e sobre os impactos no equilíbrio contratual e no processo civil contemporâneo.

1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: ORIGEM, PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS TEÓRICOS E EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA

O saudoso professor Sylvio Capanema de Souza, ao discorrer sobre os princípios da igualdade das partes e acesso à justiça, afirmava em suas exposições: “*As portas da justiça estão abertas para todos, assim como as portas do Copacabana Palace*”. Tal pensamento evidencia uma falácia social, onde supostamente pessoas possuem um tratamento igual. Mais do que isso, aponta, de modo sutil, para a necessidade de se conferir tratamento diferente para os sujeitos vulneráveis.

A inversão do ônus da prova tem suas origens no desenvolvimento do direito processual, como uma resposta às necessidades de justiça material, sobretudo nas relações de desigualdade entre as partes.

Tradicionalmente, o ônus da prova cabia que alegava o fato constitutivo de seu direito, conforme o brocardo latino *onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*. No entanto, a modernização e complexidade das relações jurídicas evidenciou a necessidade de reequilibrar essa dinâmica, transferindo-se o ônus da prova para a parte que tiver melhores condições de produzi-la.

Veja-se, por exemplo, a sociedade contemporânea, marcada pelo consumo em larga escala de bens e de serviços. Sobressaem nesse cenário de massificação das relações de consumo estudos aprofundados sobre o comportamento do consumidor e técnicas sofisticadas de marketing, o que potencializa a vulnerabilidade daquele que vai ao mercado para satisfazer necessidades básicas (reais ou criadas).

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor surge como ferramenta principiológico-normativa de proteção do sujeito em posição de vulnerabilidade na relação jurídica de consumo. Consciente da marcada assimetria de conhecimento e de forças entre os sujeitos que atuam intervindo nas relações de consumo, o sistema jurídico é chamado a intervir e a oferecer soluções concretas, e não apenas teóricas, que neutralizem os eventuais abusos da posição de vantagem do agente econômico mais forte (fornecedor), a fim de minimizar os danos causados ao agente econômico vulnerável (consumidor).

Atento a tais peculiaridades, o legislador estabeleceu, como *direito básico* do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos, prevendo, inclusive, a possibilidade de inversão do ônus da prova, a favor do vulnerável, como um instrumento de justiça processual.

Tão marcante é a preocupação do legislador, neste particular, que o sistema protetivo do consumidor, de modo objetivo e direito, prevê situações em que tal inversão do ônus probatório de dá automaticamente, por força da própria lei, sem a necessidade de qualquer juízo de valor.

Logo, na sistemática da legislação consumerista, a inversão do ônus da prova pode se dar, em favor do consumidor, a partir de uma valoração subjetiva do julgador, como ocorre na hipótese descrita no art. 6º, VIII, do CDC (inversão *ope judicis*), ou, a partir de imposição do próprio texto legal (inversão *ope legis*), como se verifica dos arts. 12, §3º; 14, §3º; e 38, do CDC. Inequivocamente, esta estratégia jurídica tem por finalidade clara equilibrar o jogo processual, assegurar um tratamento mais equânime entre partes que se encontram em patamares de desigualdade¹ e garantir que nenhuma delas seja exposta a um ônus desproporcional ou excessivo, conferindo-se, deste modo, plena eficácia ao princípio da isonomia.

A partir do contexto das relações de consumo, ampliando os horizontes para as demais relações jurídicas, depreende-se que a *ratio essendi* desse instituto é muito evidente: tornar mais fácil a defesa da posição jurídica do sujeito vulnerável no momento da comprovação do seu direito (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 106), sendo a prova o meio para se atingir o escopo do processo (CARNELUTTI, 2001, p. 67), e a inversão do respectivo *ônus probandi* o elemento subversivo, onde a parte demandada, que “até então tinha apenas o interesse de manter-se em silêncio, passa a ter comportamento diverso, já que o silêncio que até então lhe era favorável reverte-se em favor do consumidor” (CARVALHO, 2007, p. 50).

Doutrinadores como Nelson Nery Júnior (2018) e Humberto Theodoro Júnior (2020), em obras amplamente referenciadas, reforçam que a inversão do ônus da prova é uma ferramenta de justiça distributiva, que vai além de simples favorecimentos processuais. A partir dessa perspectiva, a inversão do ônus da prova é uma resposta à necessidade de equalizar as condições dentro do processo judicial, evitando que uma das partes, por detenção de maior capacidade técnica, econômica ou até mesmo informacional, se beneficie de maneira desproporcional de seu *status* frente a outra parte, mais vulnerável.

Nessa ordem de ideias, a inversão do ônus da prova transcende a mera redistribuição de encargos processuais; ela visa, acima de tudo, garantir o direito à prova, que, se obstaculizado pela desigualdade de condições entre as partes, pode inviabilizar o próprio acesso à justiça. O direito à prova, aqui, deve ser entendido em sua amplitude máxima, não como um simples direito de apresentar documentos ou depoimentos, mas como uma verdadeira prerrogativa de garantir que a verdade processual seja construída de forma equitativa. Esse raciocínio é fundamental para compreendermos que o processo civil deve ser um serviço de

¹ Sobre relação de consumo e incidência do Código de Defesa do Consumidor, v. BESSA, Leonardo Roscoe. Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

justiça material; daí porque a inversão do ônus da prova, ao ser corretamente aplicada, materializa os ideais de justiça distributiva defendidos por John Rawls (2008), garantindo que o processo atual seja um espaço de efetivação de direitos, e não de perpetuação de desigualdades.

2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma inovação significativa no tratamento do ônus da prova, ampliando as hipóteses em que o juiz pode determinar a redistribuição do encargo probatório.

O art. 373, §1º, do CPC/2015, estabelece que o magistrado poderá, mediante decisão fundamentada, redistribuir o ônus da prova sempre que verifique que uma das partes está em melhores condições de produção.

Essa mudança tem como fundamento o princípio da cooperação processual, que exige uma atuação ativa do juiz na condução do processo, promovendo a efetividade e a equidade entre as partes. Em nossa atuação profissional, temos percebido uma aplicação crescente desse dispositivo, especialmente em casos que envolvem assimetria técnica ou informacional.

O STJ tem consolidado o entendimento de que a redistribuição do ônus da prova não é automática e deve ser aplicada com cautela, evitando-se que a inversão se transforme em um mecanismo que prejudique a segurança jurídica. Confirmam-se, por todos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE AUTOMÁTICA. DESCABIMENTO. LEGALIDADE DO TERMO DE OCORRÊNCIA E INSPEÇÃO. ATO NORMATIVO INFRALEGAL. ANÁLISE. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 186, 187, 927 E 944 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. INCIDÊNCIA. PROVIMENTO NEGADO.

1. Verifica-se que inexistente a alegada violação dos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, consoante se depreende da análise do acórdão recorrido. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o julgado de nenhum erro material, omissão, contradição ou obscuridade. Destaca-se que julgamento diverso do pretendido, como neste caso, não implica ofensa aos dispositivos de lei invocados.

2. A inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não é automática, depende da constatação, pelas instâncias ordinárias, da presença ou não da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor.

Não havendo inversão do ônus da prova, aplica-se a regra geral estática disposta no art. 373, I e II, do Código de Processo Civil, o qual dispõe que cabe à parte autora provar o fato constitutivo do direito, e à parte ré provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte adversa.

3. O Tribunal de origem concluiu que o termo de ocorrência e inspeção havia sido lavrado com base na Resolução ANEEL 414/2010.

Registre-se que, consoante o entendimento desta Corte Superior, o conceito de tratado ou lei federal inserto no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal deve ser considerado em seu sentido estrito, sendo inadmissível a análise de recurso especial contra decisão fundamentada em resolução.

4. A alegação de violação dos arts. 186, 187, 927 e 944 do Código Civil não é suficiente para se ter a questão de direito como prequestionada, instituto que, para sua caracterização, exige, além da alegação, a discussão e a apreciação judicial pelo Tribunal de origem. O Superior Tribunal de Justiça considera que a ausência de enfrentamento pelo Tribunal de origem da matéria impugnada, objeto do recurso, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos do enunciado 211 de sua Súmula.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 2.084.961/RJ, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 26/8/2024, DJe de 2/9/2024.)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 942 DO CPC. AUSÊNCIA. AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO. DESNECESSIDADE. VÍCIOS CONSTRUTIVOS EM IMÓVEL. PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA (PMCMV). FAIXA 1 - FAR. CONDOMÍNIO AUTOR COMPOSTO POR BENEFICIÁRIOS DO PROGRAMA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. ART. 373, § 1º, DO CPC. MAIOR FACILIDADE DA CEF PARA COMPROVAR A AUSÊNCIA DE VÍCIOS CONSTRUTIVOS. ART. 6º, VIII, DO CDC. HIPOSSUFICIÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PELAS CUSTAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO.

1. Ação de indenização por danos materiais, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 6/4/2023 e concluso ao gabinete em 16/10/2023.

2. O propósito recursal é decidir se (I) é aplicável a técnica de ampliação do colegiado ao julgamento não unânime de agravo de instrumento, que mantém a decisão agravada; e (II) é devida a inversão do ônus da prova em ação que discute vícios construtivos em imóvel, ajuizada por condomínio composto por beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida, Faixa 1 - FAR.

3. A técnica de ampliação do colegiado, prevista no art. 942 do CPC, somente se aplica para a hipótese de agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgou parcialmente o mérito, situação não presente na espécie.

4. Conforme o art. 373, § 1º, do CPC, pode o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, diante de peculiaridades relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Trata-se da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual o ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la.

5. Por sua vez, o art. 6º, VIII, do CDC autoriza a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando, alternativamente, for verossímil a sua alegação ou for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

6. Em ação que discute vícios construtivos em imóvel adquirido por meio do PMCMV, é devida a inversão do ônus probatório, considerando a evidente assimetria técnica, informacional e econômica entre os beneficiários e a CEF, a qual tem maior facilidade de comprovar a ausência dos vícios referidos, pois detém a documentação e o conhecimento prévio sobre a aquisição e construção dos imóveis no âmbito do Programa, podendo, além de requerer perícia, demonstrar que foram observadas todas as regras técnicas de engenharia na execução do projeto e utilizada matéria-prima de qualidade.

7. Na hipótese, portanto, a inversão do ônus da prova em favor do condomínio autor, composto por beneficiários do PMCMV, Faixa 1 - FAR, se justifica tanto à luz do art. 373, § 1º, do CPC, em razão da "maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário", quanto à luz do art. 6º, VIII, do CDC, em razão da hipossuficiência da parte autora.

8. Não obstante, a inversão do ônus probatório não implica responsabilização da ré pelas custas da perícia solicitada pelo autor, significando apenas que não mais cabe a este a produção da prova, de modo que, optando a ré por não antecipar os honorários periciais, presumir-se-ão verdadeiras as alegações do autor.

Precedentes.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para inverter o ônus da prova.

(REsp n. 2.097.352/SP, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 19/3/2024, DJe de 22/3/2024.)

3 INVERSÃO JUDICIAL (*OPE JUDICIS*) E INVERSÃO LEGAL (*OPE LEGIS*) DO ÔNUS DA PROVA

A produção da prova é o meio para se apurar a verdade em torno dos fatos controvertidos no processo. O ônus (*subjetivo*) da prova geralmente recai, na sistemática tradicional, sobre quem alega um fato. No entanto, em determinadas situações, percebeu-se a necessidade de inverter esse ônus, fazendo com que a parte *ex adversa* seja responsável por provar o contrário do que alegado pela outra. Esse mecanismo é a inversão do ônus da prova.

Portanto, no âmbito do direito processual brasileiro, a inversão do ônus da prova pode ocorrer de duas formas distintas: por determinação legal, a chamada inversão *ope legis*, ou por decisão judicial, denotando inversão *ope judicis*.

A inversão legal (*ope legis*) tem lugar, por vontade do próprio legislador, em determinadas situações específicas, nas quais se presume que uma das partes se encontra em desvantagens técnicas, econômicas ou informacionais. Podemos citar como exemplos a responsabilidade objetiva do fornecedor por fato ou vício do produto - arts. 12, §3º e 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), situações em que competirá a fornecedor réu, para se eximir da responsabilidade que lhe é imputada, o ônus da prova de alguma das excludentes legais de responsabilidade. Nestes casos, a inversão ocorre de forma automática, por expressa determinação legal.

Já a inversão por determinação do julgador (*ope judicis*) é aquela em que o juiz, por sua própria discricionariedade, com base nas peculiaridades do caso concreto e em observância ao princípio do livre convencimento motivado, decide por redistribuir o ônus da prova.

Na sistemática da legislação consumerista, a regra do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que, nas relações de consumo, o juiz poderá inverter o ônus

da prova quando presentes os requisitos da verossimilhança das alegações do consumidor ou de sua hipossuficiência.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 373, §1º, permite ao magistrado, em qualquer tipo de litígio, e não apenas nas relações de consumo, atribuir o ônus probatório à parte que estiver em melhores condições de produção da prova indicada. Tal flexibilidade está em consonância com o princípio da isonomia processual, segundo o qual as partes devem ser protegidas de forma equânime ao longo do processo, garantindo-se a efetividade da tutela jurisdicional.

Tais inversões, porém, não são automáticas.

No contexto do CDC, depende da constatação, pelas instâncias ordinárias, da presença ou não da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor. Logo, na sistemática da legislação consumerista, inverter o ônus da prova significa *transferir ao fornecedor o encargo de demonstrar a não veracidade dos fatos afirmados pelo consumidor*. Essa transferência se dará por expressa determinação do legislador (inversão *ope legis* = por força da lei), ou por determinação do julgador (inversão *ope judicis* = por força de um pronunciamento judicial).

No âmbito do processo civil, à luz do disposto no art. 373, § 1º, do CPC, pode o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, diante de peculiaridades relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Adoção da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, segundo a qual o ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la.

Ambas as modalidades têm gerado debates acalorados na doutrina e na jurisprudência, especialmente no que concerne ao seu momento de aplicação, à sua necessidade e à eficácia na busca pela justiça material. O estudo desses dois mecanismos é fundamental para a compreensão de como o sistema jurídico brasileiro busca equilibrar relações muitas vezes assimétricas, especialmente em âmbito consumerista. A sua aplicação, todavia, deve ser feita com cautela, observando-se o contraditório e a ampla defesa, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal. A redistribuição do ônus probatório não pode ser vista como um mecanismo automático ou arbitrário, devendo-se submeter a critérios sólidos de razoabilidade e proporcionalidade.

3.1 DA INVERSÃO LEGAL (*OPE LEGIS*)

A regra geral sobre a distribuição do ônus da prova no direito processual civil pátrio está assim definida no art. 373, do Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Nos termos do supramencionado art. 373, compete ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu alegado direito (inciso I). Deve, portanto, fazer prova da matéria fática que dá suporte à pretensão deduzida em juízo, tal qual a narrativa apresentada em sua petição inicial. Em princípio, a parte ré está dispensada de se manifestar sobre os fatos constitutivos do direito do autor. Nada impede a parte ré de, querendo, fazer prova das inverdades afirmadas pela parte contrária. Trata-se de mera faculdade; caso não a exerça, nenhum prejuízo lhe acarretará, ressalvada, obviamente, a comprovação pelo autor da veracidade de sua narrativa. Nesta hipótese, como leciona Daniel Amorim Assumpção Neves, “a situação prejudicial não se dará em consequência da ausência de produção de prova pelo réu, mas sim pela produção de prova pelo autor” (TARTURCE e NEVES, 2023, p. 639).

Por outro lado, tendo o réu apresentado um fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, sobre si recairá o respectivo ônus de prová-lo (inciso II). Ora, assumindo-se que a parte autora se desincumbiu do ônus que sobre ela recaía, eventual resultado favorável ao réu dependerá, necessariamente, do êxito deste na satisfação do seu encargo.

Finalmente, se nenhuma das partes se desincumbir de seus respectivos ônus, pelas regras vigentes da distribuição do ônus da prova, alternativa não restará ao julgador, senão, julgar improcedente o pedido.

Importante aduzir que os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo não o exoneram do ônus da prova mínima dos fatos constitutivos de seu alegado direito. Neste sentido, o verbete de súmula n. 330, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a saber: “Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito.”

A legislação processual civil vigente acolheu, no §1º, do citado art. 373, a denominada “distribuição dinâmica do ônus da prova”, autorizando o julgador a atribuição do ônus da prova “de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. A distribuição diversa do ônus da prova será admissível “nos casos previstos em lei ou diante de

peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”.

Dito isso, passamos a analisar a hipótese de inversão do ônus da prova por expressa determinação legal.

Em situações tais, desnecessária qualquer manifestação do julgador. A lei já cuidou de distribuir o ônus da prova. A rigor, a nosso sentir, parece-nos atécnica a ideia de *inversão*, eis que a lei apenas estaria distribuindo o ônus da prova de modo diverso da regra geral, em benefício da efetividade do processo.

No âmbito da proteção e defesa do consumidor, a legislação, em três momentos, transfere para o fornecedor o ônus da prova de fatos específicos. Tais situações estão bem delineadas nos arts. 12, §3º, 14, §3º e 38, do Código de Defesa do Consumidor. Os dois primeiros artigos referem-se a hipóteses de responsabilidade civil decorrente de fato do produto e de fato do serviço, respectivamente. O último, refere-se à veracidade e à correção da informação ou comunicação de natureza publicitária. Confirmam-se:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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.

(...)

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

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

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Nas situações acima descritas, houve, por expressa previsão legal, uma distribuição dos ônus da prova de modo diverso do regramento geral. A lei, simplesmente, atribuiu ao fornecedor o ônus da prova dos fatos descritos nos dispositivos acima mencionados. A rigor, insistimos, não se trataria de inversão, mas de atribuição de forma distinta. Isto porque a atenta

leitura de tais dispositivos aponta para a existência de fatos que, em tese, seriam impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Pela regra geral, o fornecedor só teria o ônus de prová-los se os alegasse, em sua peça de bloqueio. O que a lei fez foi antecipar-se às teses defensivas, assinalar as hipóteses excludentes de responsabilidade e, desde logo, imputar ao réu o ônus da prova das respectivas verificações, sob pena de não elidir as presunções em sentido contrário, estabelecidas em seu desfavor. Assim sendo, mesmo que a pretensão indenizatória esteja estruturada sobre a afirmação de defeito do produto ou do serviço, ou da enganiosidade da publicidade, por exemplo, o consumidor está dispensado da prova do defeito (do produto ou do serviço), ou da não veracidade ou incorreção da informação ou comunicação publicitária. Não está o consumidor, contudo, dispensado da produção da prova mínima da relação jurídica de direito material, do evento danoso e dos danos reclamados (eis que fatos constitutivos de seu alegado direito à indenização).

3.2 DA INVERSÃO JUDICIAL (*OPE JUDICIS*)

A inversão judicial do ônus da prova encontra previsão no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Confira-se o texto legal (grifos nossos):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...):

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a **critério do juiz**, for **verossímil** a alegação ou quando for ele **hipossuficiente**, segundo as **regras ordinárias de experiências**.

A primeira importante observação a ser feita é que o dispositivo em comento tem natureza processual. Parte do reconhecimento da assimetria de forças entre fornecedor (litigante habitual) e consumidor (litigante eventual), no âmbito do processo judicial.

A segunda observação é a de que, neste caso, procede a ideia de *inversão*, vez que o julgador, diante da presença de certos e específicos pressupostos, exonera o consumidor da produção de prova sobre determinados fatos, transferindo para o fornecedor o ônus da prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor, a fim de afastar presunções criadas por um juízo de valor (critério valorativo) feito pelo julgador em seu desfavor. Vejamos.

Diz a lei que a inversão do ônus da prova, com fundamento na regra do art. 6º, VIII, do CDC, se dará a critério do juiz.

A palavra 'critério' está associada a um juízo subjetivo, a uma discricionariedade e, não, a algo compulsório, a uma obrigatoriedade. Exemplo disso ocorre quando questionamos a beleza de uma pessoa. Se perguntarmos: 'Você acha Maria bonita?', as respostas variarão, já que beleza é algo subjetivo. Nesse sentido, quando o legislador escolhe empregar tal termo, ele sinaliza implicitamente que o juiz teria certa discricionariedade quanto à possibilidade de inverter ou não o ônus da prova, em favor do consumidor. Significa dizer não existir uma imposição ao julgador, mas um direcionamento, um norte a ser seguido.

Acreditamos, neste particular, que a discricionariedade do julgador se restringe à análise da satisfação dos pressupostos para a inversão, isto é, à formulação de um juízo de valor quanto à verossimilhança das alegações do consumidor ou à sua hipossuficiência. Verificados os pressupostos legais, acreditamos na existência de um direito subjetivo público do consumidor, de natureza processual, à inversão do ônus probatório, em seu favor.

Um elemento-chave, portanto, é o conceito de 'verossimilhança', que diz respeito ao que aparenta ser verdadeiro. Trata-se de um juízo de valor inicial feito pelo magistrado, com base em elementos que já estão nos autos e na experiência comum. No ambiente do consumo moderno, exemplos não faltam: desde o consumidor que relata ter gasto dias tentando cancelar uma linha telefônica, ou resolver administrativamente o problema de uma cobrança abusiva, até situação em que uma operadora de internet falha em comparecer para um agendamento, ao mesmo tempo em que exige que o cliente permaneça disponível durante todo o horário comercial.

Cenários como esses, comuns tanto para consumidores quanto para magistrados, admitem o emprego das chamadas regras ordinárias de experiência (diretrizes são baseadas no senso comum e podem ser compreendidas por qualquer pessoa, independentemente de especialização ou expertise), para avaliar a plausibilidade das alegações apresentadas pela parte autora.

Formulando juízo de valor baseado em tais experiências cotidianas, o julgador estará em posição de decidir se o ônus da prova deve ser invertido ou não.

Outro elemento crucial é o conceito de 'hipossuficiência', que se refere ao consumidor em situação de desvantagem processual, mais probatória (técnica ou informacional) do que econômica, na defesa de seus interesses.

Em termos práticos, tem-se um consumidor que enfrentaria obstáculos técnicos significativos para provar suas alegações em relação a um dano sofrido. Situações como a perda de todos os dados armazenados em um novo serviço de nuvem; a não liberação de cédulas em um caixa eletrônico, apesar do débito já ter sido efetuado na conta; os bens pessoais existentes

em bagagem extraviada; a não realização de um empréstimo consignado, apesar de ter sido efetuado um depósito em conta corrente, sem a sua anuência ou ciência, ilustram esses desafios.

Em cenários tais, convencido o julgador da dificuldade de comprovação dessas alegações, combinadas as dificuldades probatórias com um juízo de verossimilhança das alegações do consumidor, deverá o magistrado, por decisão fundamentada, inverter o ônus da prova em benefício do consumidor, intimando o fornecedor para produzir provas de fatos que elidam a presunção criada em favor da parte vulnerável, evitando-se, no futuro, uma decisão surpresa.

Consumidores somos todos nós – inclusive, os magistrados. Assim sendo, não são desconhecidas destes as adversidades enfrentadas pelos consumidores, cotidianamente. Diante de circunstâncias que evidenciam a plausibilidade da narrativa do consumidor, somadas à dificuldade de produção de provas de fatos correlatos, caberá ao julgador, fundamentadamente, inverter o ônus da prova, em favor daqueles.

Neste particular, é muito importante enfatizar que só se cogita de inversão judicial do ônus da prova para aquelas situações em que tal ônus não foi invertido pela própria lei.

Há, infelizmente, certa confusão doutrinária e jurisprudencial sobre a inversão legal do ônus da prova, não raro associada aos pressupostos da hipossuficiência ou da verossimilhança das alegações do consumidor (exigidos no caso de inversão judicial), mais ainda quando é o próprio consumidor quem invoca a incidência do art. 6º, VIII, do CDC aos casos submetidos ao modelo de inversão legal do ônus da prova.

Em síntese, não há que se falar em inversão judicial para os casos em que já há inversão legal do ônus da prova.

A aplicação prática da inversão do ônus da prova, na sistemática do CDC, pode ser facilmente compreendida a partir de um critério simples de exclusão: se a demanda versar sobre fato do produto / fato do serviço ou sobre publicidade enganosa, a lei já inverteu o ônus probatório, em favor do consumidor.

A inversão, nessas hipóteses supracitadas, é obrigatória e automática, *ex lege*. Significa dizer que as excludentes da responsabilidade do fornecedor estão predefinidas na lei e competirá a este a prova da ocorrência de alguma delas, no caso concreto. É absolutamente ineficaz, desnecessário e atécnico cogitar-se de inversão judicial do ônus da prova nas situações acima elencadas.

Por outro lado, versando a demanda ajuizada sobre qualquer outra questão que não as acima descritas (fato do produto/fato do serviço e publicidade enganosa), a inversão do ônus da prova ficará a critério do juiz (*ope judicis*). Não é automática, nem obrigatória. Dependerá

da discricionariedade do julgador ao avaliar a presença dos pressupostos da verossimilhança e da hipossuficiência, antes comentados.

Para facilitar o entendimento, elaboramos os quadros a seguir:

Inversão Judicial do Ônus da Prova no CDC e no CPC/2015

INVERSÃO NO CDC		INVERSÃO NO CPC/2015
Base Jurídica	Art. 6º, VIII, CDC	Art. 373, §1º, CPC/2015
Hipossuficiência	Considera a vulnerabilidade econômica e as desvantagens técnicas e informacionais	Aplique-se à parte que está na melhor condição de prova
Verossimilhança	Plausibilidade das alegações do consumidor	Depende de análise judicial específica do caso
Discricionariedade	Sim, na análise dos pressupostos mencionados . Satisfeitos os pressupostos, deve-se inverter o ônus da prova	O juiz tem discricionariedade para aplicar ou não, por decisão devidamente fundamentada
Exemplos de Aplicação	Vícios de produtos e serviços, inadimplemento contratual (exceto, descumprimento da oferta)	Nos casos previstos em lei; peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir a regra geral, ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário

Hipossuficiência técnica e econômica no CDC e no CPC/2015

CRITÉRIO	HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA	H. ECONÔMICA
Definição	Quando a parte não possui conhecimento ou habilidade técnica suficiente	Quando a parte não possui recursos financeiros suficientes
Contextos Comuns	Litígios empresariais, contratos complexos (ex.: B2B, tecnologia)	Relações de consumo, contratos de adesão
Exemplos	Startups contra grandes corporações, consumidor contra empresa de tecnologia	Consumidor contra grandes bancos, pequenas empresas contra instituições financeiras
Aplicabilidade no CDC	Menos comuns, mas aplicáveis em casos de produtos ou serviços de alta complexidade	Comum em todas as relações de consumo
Aplicabilidade no CPC/2015	Aplicável em contratos empresariais e outros casos onde há desequilíbrio técnico	Aplicável em litígios que envolvem pessoas físicas ou pequenas empresas vulneráveis

Inversão *Ope Judicis* e *Ope Legis* no CDC e no CPC/2015

REQUISITOS	INVERSÃO JUDICIAL (CDC/CPC)		INVERSÃO LEGAL (CDC)
	Verossimilhança das alegações	Exige análise judicial de verossimilhança; inversão não é automática.	
Hipossuficiência	Hipossuficiência deve ser demonstrada	Análise não aplicável; inversão é automática	Presunção de hipossuficiência em relações de consumo
Fato ou Nexo Causal	O ônus de provar o fato ou nexo é redistribuído pelo juiz		A inversão é imposta pela legislação
Decisão Judicial	Fundamentada, com análise das peculiaridades do caso		Independente de decisão judicial. É imposição legal
Áreas de Aplicação	Pode ser aplicado em relações de consumo e outras controvérsias		Publicidade enganosa, fato de produto e serviço

4 A NATUREZA DA INVERSÃO: REGRA DE PROCEDIMENTO OU REGRA DE JULGAMENTO?

Debate doutrinário e jurisprudencial dos mais controvertidos se estabelece em torno da natureza jurídica da inversão do ônus da prova - se seria uma regra de procedimento ou uma regra de julgamento. Não permite a limitação deste trabalho aprofundarmos essa discussão.

Nos parágrafos anteriores, tratamos do ônus da prova sob o aspecto subjetivo, isto é, analisado sob a perspectiva de quem seria o responsável pela produção de determinada prova, vale dizer, quem deve provar o que. Entretanto, existe um outro aspecto a ser considerado: o destinatário da prova é o julgador.

A produção da prova é o meio para se apurar a verdade em torno dos fatos controvertidos no processo. Desta forma, tem-se que, ao final, necessariamente, haverá um pronunciamento judicial sobre a pretensão deduzida em juízo. A prova produzida (ou não) servirá de diretriz para o julgamento das questões de fato, de tal sorte que a pretensão será acolhida (ou não) conforme tenham resultado provados (ou não) os fatos que a cada uma das partes interessavam.

Os que entendem as regras sobre produção de provas como regras de procedimento reconhecem-nas como diretrizes que organizam o processo, definindo a quem cabe produzir determinada prova. Por extensão e coerência, as regras que invertem tais ônus probatórios teriam, de igual modo, a natureza de regras de procedimento.

Nessa linha de raciocínio, uma vez invertido o ônus probatório, a parte contra quem se opera a inversão passa a ter o encargo de provar aquilo que, ordinariamente, caberia ao seu *ex adverso*. Por isso, essa inversão deve ocorrer ainda na fase instrutória, permitindo-se que a

parte onerada tenha a oportunidade de produzir as provas necessárias para se desincumbir do ônus que lhe fora atribuído, sob pena de restar configurado um cerceamento de defesa, em ofensa direta ao princípio do devido processo legal.

Lado outro, compreendendo-se as regras sobre os ônus probatórios como regras de julgamento, percebe-se que as mesmas só teriam relevância ao final do processo, no momento da prolação da sentença. Novamente, por coerência e extensão, as regras sobre a inversão do ônus da prova teriam idêntica natureza.

Nesse caso, porém, a inversão influenciaria diretamente a decisão sobre a insuficiência de provas. Ordinariamente, se a parte incumbida do ônus probatório não conseguir demonstrar a veracidade de suas alegações, a consequência será um julgamento desfavorável a si. A inversão do ônus da prova, por determinação do julgador, no momento do julgamento, segundo os críticos desse entendimento, ofenderia os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, geraria uma decisão surpresa, inesperada, incompatível com o devido processo legal.

Bem verdade que o julgador não se exime de decidir pelo simples fato de o processo não estar adequadamente instruído. Não se pode obrigá-lo a decidir sem convicção formada a respeito dos fatos controvertidos no processo. Por isso, a relevância das regras sobre o ônus probatório. No entanto, enquanto destinatário das provas, na busca da verdade dos autos, é legítimo que o julgador redistribua os ônus de sua respectiva produção, na busca da realização da melhor justiça. Ao fazê-lo, entretanto, deve oportunizar à parte em desfavor de quem passa a recair um encargo inicialmente não existente, a possibilidade de apresentar novos elementos de convicção ao julgador, além daqueles que já produzira e se encontram nos autos.

A esse respeito, oportuna a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Trata-se de ônus imperfeito, porque nem sempre a parte que tinha o ônus da prova e não a produziu será colocada num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício, ou, ainda, de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta para as partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova. (2023, p. 639)

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a esse respeito em diversas oportunidades, reiterando que a inversão do ônus da prova, para ser válida, deve respeitar o direito de defesa e o contraditório, sendo essencial que seja concedida de maneira clara e tempestiva, ainda na fase instrutória. Confira-se, a título de ilustração, o seguinte aresto:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. INSTITUIÇÃO HOSPITALAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES REQUISITOS PRESENTES. ENTENDIMENTO DA CORTE LOCAL EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83 DO STJ. INCIDÊNCIA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N. 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A inversão do ônus da prova não é automática, dependendo da constatação pelas instâncias ordinárias da presença ou não da verossimilhança das alegações do consumidor, não estando dispensado de comprovar minimamente o fato constitutivo do seu direito.

Precedentes

2. Não se conhece de recurso especial quando o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 83 do STJ).

3. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp n. 2.224.577/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 23/8/2023.)

Destaca-se da fundamentação do acórdão acima citado o seguinte trecho:

(...) Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova não é automática, dependendo da constatação pelas instâncias ordinárias da presença ou não da verossimilhança das alegações do consumidor, não estando dispensado de comprovar minimamente o fato constitutivo do seu direito (AgInt no AgInt no AREsp n. 1.931.196/MS, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 27/6/2022, DJe de 29/6/2022; AgInt no AREsp n. 1.328.873/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe de 18/12/2019; AgInt nos EDcl no REsp n. 1.991.361/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 29/9/2022).

Ademais, "a inversão do ônus da prova no momento do recebimento da petição inicial compatibiliza-se com o entendimento desta Corte [...] de que se trata de regra de procedimento, não de julgamento, porquanto viabiliza a produção da prova pela parte a quem o julgador atribuiu o ônus probatório" (AgInt no REsp n. 1.999.717/MT, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 30/11/2022).

5 O MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Não existe qualquer controvérsia em relação ao momento da inversão legal do ônus da prova.

Por decorrer da vontade da lei, os ônus probatórios em casos tais consideram-se invertidos, desde o início da ação. Simples assim.

Longos debates, no entanto, foram travados em relação ao momento correto da inversão judicial do ônus da prova. Particularmente, seguimos acreditando estar-se diante de

regras de julgamento, objetivamente destinadas à formação do convencimento do julgador em relação à veracidade dos fatos apresentados no processo.

Discordamos, todavia, do entendimento pela possibilidade de inversão a qualquer tempo, inclusive na sentença, ao fundamento de que as partes, já previamente cientes dessa possibilidade, deveriam se desincumbir dos ônus probatórios que sobre si recairiam, trazendo para o processo todos os elementos de convicção que pudessem dar suporte às respectivas alegações. Não seria bem assim.

Também a inversão judicial no momento inicial do processo – dando-se ciência ao fornecedor-réu no momento da citação – suscita críticas fundamentadas no argumento de que haveria julgamento antecipado da causa, por ocorrer antes das alegações do réu (BESSA e LEITE, 2016, p. 133-146).

Finalmente, a inversão do ônus da prova na sentença, sem oportunizar à parte prazo para produzir provas, cujo respectivo ônus inicialmente não lhe competia, desconsidera o aspecto subjetivo desse mecanismo de distribuição do encargo probatório, violando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

O Superior Tribunal de Justiça, analisando o ônus da prova em seu duplo aspecto – objetivo e subjetivo -, em acórdão relatado pelo saudoso Min. Paulo de Tarso Sanseverino, definiu que o julgador não poderia inverter o ônus da prova na sentença e, preferencialmente, deveria fazê-lo na fase do saneamento do processo, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Por oportuno, confira-se:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO '*OPE JUDICIS*' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('*ope legis*'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('*ope judicis*'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC.

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão '*ope judicis*' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão '*ope judicis*' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
(REsp n. 802.832/MG, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/4/2011, DJe de 21/9/2011.)

A legislação processual civil vigente, garantindo a plena observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, prevê, em seu artigo 10, que, mesmo em matérias de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício pelo julgador, não se poderá decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado a manifestação específica das partes.

Logo, por qualquer ângulo que se examine a questão, acertado, a nosso sentir, o entendimento de que a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve se dar na fase de saneamento do processo, por pronunciamento judicial adequadamente fundamentado, fixando-se a questão fática controvertida a ser esclarecida, oportunizando-se à parte a que se atribuiu um ônus antes inexistente, a indicação das provas que pretenderia produzir, doravante.

5.1 A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Separamos, a título de ilustração, alguns arestos da Corte Superior, que versam sobre os principais pontos até aqui apresentados. Vejamos (realces nossos):

Inversão *ope legis*. Fato do produto / do serviço.

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA OPE LEGIS. FORMA OBJETIVA. FATO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE.

1.- A Segunda Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp 802.832/MG, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ de 21/09.2011, pacificou a jurisprudência desta Corte no sentido de que **em demanda que trata da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), a inversão do ônus da prova decorre da lei.**

2.- "Diferentemente do comando contido no art. 6º, inciso VIII, que prevê a inversão do ônus da prova "a critério do juiz", quando for verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte, **o § 3º, do art. 12, preestabelece - de forma objetiva e independentemente da manifestação do magistrado -, a distribuição da carga probatória em desfavor do fornecedor**, que "só não será responsabilizado se provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III- a culpa exclusiva do consumidor ou de

terceiro". É a diferenciação já clássica na doutrina e na jurisprudência entre a inversão *ope judicis* (art. 6º, inciso VIII, do CDC) e inversão *ope legis* (arts. 12, § 3º, e art. 14, § 3º, do CDC). Precedente da Segunda Seção." (REsp 1095271/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 05/03/2013).

3.- (...)

6.- Agravo Regimental improvido.

(STJ - AgRg no AREsp: 402107 RJ 2013/0329201-9, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 26/11/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2013)"

- Inversão *ope legis*. Fato do produto / do serviço.

Ônus do fornecedor.

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. FATO DO PRODUTO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. NÃO ACIONAMENTO DO AIR BAG. REGRAS DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO DO PRODUTO. INVERSÃO OPE LEGIS. PROVA PERICIAL EVASIVA. INTERPRETAÇÃO EM FAVOR DO CONSUMIDOR.

1. A Resolução n. 311, de 3 de abril de 2009, do Conselho Nacional de Trânsito - Contran, dispõe que o air bag é "equipamento suplementar de retenção que objetiva amenizar o contato de uma ou mais partes do corpo do ocupante com o interior do veículo, composto por um conjunto de sensores colocados em lugares estratégicos da estrutura do veículo, central de controle eletrônica, dispositivo gerador de gás propulsor para inflar a bolsa de tecido resistente" (art. 2º).

2. A responsabilidade objetiva do fornecedor surge da violação de seu dever de não inserção de produto defeituoso no mercado de consumo, haja vista que, existindo alguma falha quanto à segurança ou à adequação do produto em relação aos fins a que se destina, haverá responsabilização pelos danos que o produto vier a causar.

3. Na hipótese, o Tribunal *a quo*, com relação ao ônus da prova, inferiu que caberia à autora provar que o defeito do produto existiu, isto é, que seria dever da consumidora demonstrar a falha no referido sistema de segurança.

4. Ocorre que diferentemente do comando contido no art. 6º, inciso VIII do CDC, que prevê a inversão do ônus da prova "a critério do juiz", quando for verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte, o § 3º do art. 12 do mesmo Código estabelece - de forma objetiva e independentemente da manifestação do magistrado - a distribuição da carga probatória em desfavor do fornecedor, que "só não será responsabilizado se provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". É a diferenciação já clássica na

doutrina e na jurisprudência entre a inversão *ope judicis* (art. 6º, inciso VIII, do CDC) e inversão *ope legis* (arts.12, § 3º, e art. 14, § 3º, do CDC). Precedentes.

5. No presente caso, o "veículo Fiat Tempra atingiu a parte frontal esquerda (frontal oblíqua), que se deslocou para trás (da esquerda para direita, para o banco do carona)", ficando muito avariado; ou seja, ao que parece, foram preenchidos os dois estágios do choque exigidos para a detecção do air bag, mas que, por um defeito no produto, não acionou o sistema, causando danos à consumidora. Em sendo assim, a conclusão evasiva do expert deve ser interpretada em favor do consumidor vulnerável e hipossuficiente.

6. Destarte, **enfrentando a celeuma pelo ângulo das regras sobre a distribuição da carga probatória, levando-se em conta o fato de a causa de pedir apontar para hipótese de responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto, não havendo este se desincumbido do ônus que lhe cabia, inversão *ope legis*, é de se concluir pela procedência do pedido autoral com o reconhecimento do defeito no produto.**

7. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.306.167/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3/12/2013, DJe de 5/3/2014.)

- Distribuição dinâmica x inversão do ônus da prova - distinção.

Necessidade de manifestação da parte sobre o ônus que lhe fora imposto (inversão *ope judicis*)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS EM DECORRÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. ALEGAÇÃO DO RÉU DE QUE OS REQUISITOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO ESTÃO PRESENTES. RECORRIBILIDADE IMEDIATA COM BASE NO ART. 1.015, XI, DO CPC/15. POSSIBILIDADE. REGRA DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE SE INTERPRETA EM CONJUNTO COM O ART. 373, §1º, DO CPC/15. AGRAVO DE INSTRUMENTO CABÍVEL NAS HIPÓTESES DE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INSTITUTOS DISTINTOS, MAS SEMELHANTES QUANTO À NATUREZA, JUSTIFICATIVA, MOMENTO DE APLICAÇÃO E EFEITOS. INDISPENSÁVEL NECESSIDADE DE PERMITIR À PARTE A DESINCUMBÊNCIA DO ÔNUS DE PROVAR QUE, POR DECISÃO JUDICIAL, FORA IMPOSTO NO CURSO DO PROCESSO.

1- Ação proposta em 20/08/2015. Recurso especial interposto em 21/09/2017 e atribuído à Relatora em 13/03/2018.

2- O propósito recursal é definir se cabe agravo de instrumento, com base nos arts. 1.015, XI e 373, §1º, do CPC/15, contra a decisão interlocutória que versa sobre a inversão do ônus da prova nas ações que tratam de relação de consumo.

3- **No direito brasileiro, o ônus da prova é disciplinado a partir de uma regra geral prevista no art. 373, I e II, do CPC/15, denominada de distribuição estática do ônus da prova, segundo a qual cabe ao autor provar o fato constitutivo do direito e cabe ao réu provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, admitindo-se, ainda, a existência de distribuição estática do ônus da prova de forma distinta da regra geral, caracterizada pelo fato de o próprio legislador estabelecer, previamente, a quem caberá o ônus de provar fatos específicos, como prevê, por exemplo, o art. 38 do CDC.**

4- Para as situações faticamente complexas insuscetíveis de prévia catalogação pelo direito positivo, a lei, a doutrina e a jurisprudência passaram a excepcionar a distribuição estática do ônus da prova, criando e aplicando regras de distribuição diferentes daquelas estabelecidas em lei, contexto em que surge a regra de inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, e a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, reiteradamente aplicada por esta Corte mesmo antes de ser integrada ao direito positivo, tendo ambas - inversão e distribuição dinâmica - a característica de permitir a modificação judicial do ônus da prova (*modificação ope judicis*).

5- As diferentes formas de se atribuir o ônus da prova às partes se reveste de acentuada relevância prática, na medida em que a interpretação conjunta dos arts. 1.015, XI, e 373, §1º, do CPC/15, demonstra que **nem todas as decisões interlocutórias que versem sobre o ônus da prova são recorríveis de imediato, mas, sim, apenas àquelas proferidas nos exatos moldes delineados pelo art. 373, §1º, do CPC/15.**

6- O art. 373, §1º, do CPC/15, contempla duas regras jurídicas distintas, ambas criadas para excepcionar à regra geral, sendo que a primeira diz respeito à atribuição do ônus da prova, pelo juiz, em hipóteses previstas em lei, de que é exemplo a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, e a segunda diz respeito à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, incidente a partir de peculiaridades da causa que se relacionem com a impossibilidade ou com a excessiva dificuldade de se desvencilhar do ônus estaticamente distribuído ou, ainda, com a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

7- Embora ontologicamente distintas, a distribuição dinâmica e a inversão do ônus têm em comum o fato de excepcionarem a regra geral do art. 373, I e II, do CPC/15, de terem sido criadas para superar dificuldades de natureza econômica ou técnica e para buscar a maior justiça possível na decisão de mérito e de se tratarem de regras de instrução que devem ser implementadas antes da

sentença, a fim de que não haja surpresa à parte que recebe o ônus no curso do processo e também para que possa a parte se desincumbir do ônus recebido.

8- Nesse cenário, é cabível a impugnação imediata da decisão interlocutória que verse sobre quaisquer das exceções mencionadas no art. 373, §1º, do CPC/15, pois somente assim haverá a oportunidade de a parte que recebe o ônus da prova no curso do processo dele se desvencilhar, seja pela possibilidade de provar, seja ainda para demonstrar que não pode ou que não deve provar, como, por exemplo, nas hipóteses de prova diabólica reversa ou de prova duplamente diabólica.

9- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1729110/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 04/04/2019)

- Inversão judicial do ônus da prova. Ausência de manifestação da parte sobre o ônus que lhe fora imposto. Princípio da não surpresa. Cerceamento de defesa.

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VÍCIOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. QUALIDADE DE CONSUMIDOR DO RECORRENTE. INOVAÇÃO RECURSAL. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. REABERTURA DA FASE INSTRUTÓRIA.

1- Recurso especial interposto em 11/2/2020 e concluso ao gabinete em 20/9/2021.

2- (...).

6- Esta Corte Superior perfilha o entendimento de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. Precedentes.

7- Mesmo antes da vigência do atual Código de Processo Civil, já havia a previsão doutrinária e jurisprudencial, no sentido de vedar a decisão surpresa, por efetiva violação do contraditório. Isso porque a efetividade das garantias da segurança jurídica, do contraditório e do devido processo legal depende da possibilidade de todos os interessados no resultado terem oportunidade de participar do debate a respeito dos fundamentos relevantes para a formação do convencimento do julgador, razão de ser da vedação às denominadas decisões surpresa.

8- Na hipótese dos autos, o juiz, no saneador, deferiu a inversão do ônus da prova em favor do autor, de modo que toda a fase instrutória da demanda foi realizada com base no referido princípio norteador. Por sua vez, **na sentença, o juiz cassou a inversão e proferiu imediatamente a sentença.** Tal posicionamento acarretou

violação a não surpresa, notadamente porque não se afigura razoável cassar a inversão do ônus na sentença, depois de a produção probatória ter-se esgotado, sob a égide da mencionada regra instrutória, sem reabrir-se novo prazo para a instrução.

9- Não é possível, ainda, ao juiz infirmar a inversão do ônus da prova na sentença e concluir pela inexistência de provas seguras a confirmar o direito subjetivo do autor, sob pena de cerceamento de defesa.

10- Se o juiz alterar a convicção inicial a respeito da incidência de uma regra de instrução - como sói acontecer na inversão do ônus da prova -, deve reabrir o prazo de produção de provas, com o desiderato de evitar que a parte que havia litigado sob a égide da inversão do ônus da prova em seu favor, seja surpreendida com uma decisão que altere a incidência dessa regra, sem permitir-se a prévia possibilidade de influir diretamente no resultado da demanda.

11- Recurso especial conhecido em parte, e, na parte conhecida, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos ao juiz competente, com o fim de reabrir-se a fase instrutória da demanda.

(STJ - REsp: 1985499 RS 2021/0196036-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/05/2022, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2022)”

6 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM QUESTÕES RELATIVAS À SEGURANÇA DIGITAL

A crescente digitalização das relações jurídicas e comerciais trouxe novos desafios ao direito processual, especialmente no que se refere à produção de provas e à aplicação da inversão do ônus da prova, em questões relacionadas à segurança digital. A assimetria informacional que caracteriza muitas dessas relações, aliada à complexidade técnica dos sistemas envolvidos, potencializam a vulnerabilidade do investidor, o que justificaria a possibilidade de inversão do ônus probatório.

As plataformas digitais — como marketplaces, redes sociais, e-commerce e aplicativos de intermediação de serviços (Uber, iFood, entre outros) — encontram regramento satisfatório no Código de Defesa do Consumidor (CDC) quando atuam diretamente com consumidores, fornecem produtos e serviços em ambiente virtual.

Em relação à responsabilidade civil, as plataformas digitais respondem objetivamente pelos danos decorrentes da defeituosa prestação do serviço que disponibilizam

no mercado (vícios de qualidade por insegurança), bem assim pelos vícios que comprometam a qualidade e adequação desse serviço aos fins a que se destinam (vícios de qualidade por inadequação). Exemplos dos primeiros, a violação de dados pessoais ou a exposição dos usuários a fraudes. Dos últimos, bugs, interrupções ou má execução.

Em situações de defeitos de segurança digital, como roubo de dados de usuários ou fraudes envolvendo transações financeiras, as plataformas, como fornecedoras de serviços, responderão objetivamente, em conformidade com a legislação consumerista.

Importante alusão se faz à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em que o tratamento de dados pessoais e a segurança das informações passaram a ocupar um papel central nas discussões sobre responsabilidade civil.

Veja-se que, nas situações acima mencionadas, o ônus da prova da inexistência de falhas fora atribuído, por lei, aos fornecedores.

A inversão legal do ônus probatório, desse modo, é utilizada como um meio eficaz de proteção do usuário, especialmente quando há alegação de falhas de segurança ou de uso indevido de dados pessoais. Desta forma, o fornecedor do serviço digital, que detém maior controle sobre os sistemas e as informações técnicas, deve provar que implementou todas as medidas possíveis para garantir a segurança dos dados, ou que o dano ocorrido não decorreu de sua atuação.

As corretoras de criptomoedas, desempenham um papel importante na intermediação de compra, venda e troca de criptomoedas. Muito embora o mercado de criptoativos seja relativamente novo e menos regulamentado que o mercado financeiro tradicional, as corretoras também estão sujeitas à responsabilidade objetiva, quando fornecem um serviço que envolve riscos significativos, como a segurança das transações e a proteção contra fraudes.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) também tem incidência sobre essas plataformas, especialmente em questões que envolvem o tratamento inadequado de dados pessoais dos usuários, já que o gerenciamento de dados financeiros sensíveis é um aspecto fundamental na prestação de serviços dessas empresas.

A responsabilidade dessas corretoras também é objetiva e se configura, *v.g.*, na vulnerabilidade dos sistemas de segurança que permitem o acesso indevido às carteiras de criptomoedas dos usuários, ou em casos de fraudes nas transações digitais, como a movimentação não autorizada de ativos digitais.

Analisemos o seguinte caso concreto, julgado recentemente e sob a minha relatoria, que envolveu uma corretora de criptomoedas e investimentos de transferência irregular de ativos digitais, assim ementado:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA EM FACE DE CORRETORA DE CRIPTOMOEDAS. RESPONSABILIDADE CIVIL SUPOSTAMENTE DECORRENTE DE FATO DO SERVIÇO. ALEGADA TRANSFERÊNCIA IRREGULAR DE CRIPTOATIVOS. IMPUTAÇÃO DE DEFEITO DE SEGURANÇA DA OPERAÇÃO, REALIZADA POR MEIO DO APLICATIVO DA CORRETORA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELA RÉ, VISANDO À NULIDADE DA SENTENÇA OU À REFORMA INTEGRAL DO JULGADO.

1. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA R. SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REJEIÇÃO – Observado pelo d. Juízo a quo o disposto nos arts. 489, §1º, do CPC, e 93, IX, da Constituição da República. Desnecessário que sejam esmiuçados todos os pontos arguidos nos arrazoados das partes. (STJ – EDROMS 13409/SP – 3ª Turma).

2. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ÔNUS DA PROVA – Hipótese subsumida ao campo de incidência principiológico-normativo da legislação consumerista, vez que presentes os elementos da relação de consumo.

2.1) Inversão legal do ônus da prova no que diz respeito ao alegado defeito de segurança do produto/serviço, militando, em favor do consumidor, presunção [relativa] de sua existência.

2.2) Nada obstante isso, não se dispensa o consumidor do ônus da prova mínima dos fatos constitutivos de seu alegado direito, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil. Verbete Sumular nº 330, deste e. Tribunal de Justiça.

3) PONTO CONTROVERTIDO – Aferir a responsabilidade da Ré pelos danos decorrentes de alegado defeito de segurança na transferência, por meio de aplicativo da corretora, de criptoativos do Autor.

3.1) Narrativa inicial – Autor que se disse vítima de roubo de bens e pertences pessoais (automóvel e celular), em 12/07/2021. Disse ter adquirido, por volta das 18h30 do mesmo dia, novo aparelho celular, e, em seguida, (i) restaurado backup para recuperação dos dados contidos no celular roubado; (ii) trocado as senhas em todos os aplicativos de instituições financeiras, instalados no aparelho subtraído. Narrou a impossibilidade de acesso à conta junto à Ré, devido à verificação por dois fatores (2FA – Second Factor Authentication), o que só teria sido regularizado por volta das 15h30, do dia seguinte (13/07/21), quando constatara três transferências de criptomoedas, que diz não ter realizado – todas ocorridas em momento posterior à primeira troca de senha, por volta das 18h38, do dia anterior.

3.2) Defesa da Ré. Inexistência de defeito de segurança. Acesso à conta do usuário e realização de saques de criptoativos que demanda (i) conhecimento e acesso ao e-mail pessoal e à senha cadastrados no sistema; (ii) a posse de dispositivo com os aplicativos da plataforma e do autenticador instalados; (iii) acesso à conta de e-mail pessoal do usuário para confirmação da operação (transferência) via link. Inexistência de limites mensais para transações de criptoativos. Contato do usuário com a corretora apenas para solicitar a desativação da autenticação de dois fatores, sem qualquer menção a roubo de seu celular – que poderia ter sido comunicado, também, pelo canal de atendimento. Acesso à plataforma realizado mediante inserção do login e senha pessoais do Autor, além da inclusão do código gerado pelo Google Authenticator e, por fim, confirmação da transferência por meio de link encaminhado ao e-mail cadastrado na plataforma.

4) DA SITUAÇÃO FÁTICA-JURÍDICA.

4.1) Fortuito interno – Ocorrência de fraudes é fato previsível e encontra-se na linha dos riscos das atividades das instituições financeiras e assemelhadas (art. 17, da Lei nº 4505/64). Fortuito interno, não excludente de responsabilidade (REsp

1.197.929/PR. Verbete nº 479, da Súmula de Jurisprudência do STJ. Verbete sumular nº 94, deste Tribunal de Justiça).

4.2) Acervo probatório – Inexistência de comprovação nos autos do alegado roubo de que teria sido vítima o Autor, em 12/07/2021. Inexistência nos autos de registro de ocorrência policial quanto ao roubo do veículo e de outros bens pessoais; ou de comunicação à seguradora do automóvel; ou de comunicação do fato a alguma instituição financeira e/ou administradora de cartões de crédito. Ausência de prova da aquisição do novo telefone celular. Registro de Ocorrência Policial do suposto resgate fraudulento das criptomoedas, em valor superior a 190 mil reais, realizado somente em 16/07/2021, ou seja, quatro dias após o evento (fls. 41).

4.2.1) Declaração do autor, em sede policial, que diverge da narrativa exposta na petição inicial, quanto à data da constatação dos saques realizados (15/07/2021, em sede policial; 13/07/2021, na petição inicial).

4.2.2) Envio pelo Autor de e-mail à Ré, comunicando o suposto roubo e os saques não reconhecidos, somente em 15/07/2021 (fls. 252), ou seja, dois dias após ter conhecimento da alegada subtração de suas criptomoedas. Autor que não se valeu, sequer, de ferramenta de atendimento de fácil acesso, disponibilizada pela Ré aos seus clientes (“Fale com a gente”), conhecida pelo Autor que, inclusive, dela já havia se utilizado (fls. 232).

4.2.3) Contato anterior do Autor (13/07/2021) em que apenas solicitara a desativação da autenticação de dois fatores, sem qualquer alusão ao roubo supostamente ocorrido.

4.2.4) Relatório Técnico (fls. 237) que demonstra o passo a passo da utilização do aplicativo da Ré, bem assim a confirmação e aprovação da transferência por meio de link encaminhado ao e-mail do Autor, observadas todas as etapas de segurança, certo que, esta última, é indispensável para a aprovação e conclusão de saques/transferências.

4.2.5) Ata Notarial (fls.218/230), que apenas evidencia o passo a passo de uma operação de transferência de criptoativos, que se inicia com o acesso à plataforma por meio do aplicativo, com utilização de login e senha pessoais, seguindo-se a inclusão de código de segurança temporário (2FA) – indicado em aplicativo autenticador. Por fim, a necessidade de confirmação da transação por meio de clique em link enviado para o e-mail cadastrado (procedimentos não negados pelo Autor).

4.2.6) Alegações do Autor no sentido de que o aplicativo da Ré permanecera em plena atividade, após o suposto roubo do aparelho celular, que não se mostra verossímil. Variadas possibilidades de bloqueio do aparelho, conduta esperada – e que se sabe necessária – para evitar o uso indevido por estranhos. Comportamento do Autor que discrepa daquele que ordinariamente se verifica em situações de subtração de bens de grande valor.

4.2.7) Autor que não se desincumbiu do ônus da prova dos fatos constitutivos do direito alegado (art. 373, I, CPC).

5) Responsabilidade civil – Dever jurídico sucessivo, que surge para recompor danos decorrentes da violação de deveres jurídicos originários. Inexistência de comportamento antijurídico imputável à Ré, que se desincumbiu, ademais, do ônus de provar a inexistência de defeito na prestação do serviço.

5.1) Comportamento inadequado do Autor que, se não foi a causa exclusiva dos danos que alega sofridos, aponta para grave desídia, incompatível com os deveres de cuidado e de mitigação das próprias perdas.

5.2) Transações realizadas a partir de login e senha pessoais, verificação de dois fatores (2FA) e confirmação por e-mail. Somente o Autor ou pessoa por ele autorizada, na posse do dispositivo e com acesso a tais informações e mecanismos de segurança, teria condições de operar as transferências vergastadas.

6) RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(0244182-50.2021.8.19.0001 – APELAÇÃO CÍVEL. Des. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO - Julgamento: 10/04/2024 - DECIMA NONA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 25ª CÂMARA CÍVEL))

As regras ordinárias de distribuição do ônus da prova foram todas observadas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na forma do art. 373, do CPC, bem assim as de inversão

do ônus probatório, nos termos do art. 14, do CDC – diante da alegação de defeito de segurança do serviço.

Ao Autor, portanto, competiria a prova dos fatos narrados na petição inicial – constitutivos do seu alegado direito –, enquanto à Ré, o de provar a regularidade das transações vergastadas e a ausência de falhas de segurança. A inversão do ônus da prova, no caso concreto, se verifica *ope legis*, ou seja, à luz da legislação consumerista.

O entendimento predominante nos tribunais é o de que, nos casos de responsabilidade civil envolvendo plataformas digitais e corretoras de criptomoedas, o princípio da vulnerabilidade do consumidor deve ser aplicado de maneira ampla, permitindo-se que a parte que detém maior controle sobre os sistemas seja responsável por demonstrar que os mecanismos de segurança são adequados e que a conduta lesiva não decorreu de sua atividade.

Incumbe-lhes provar, a título de ilustração, terem implementado medidas de segurança digital, como sistemas de criptografia, autenticação de dois fatores, e monitoramento contínuo contra ataques cibernéticos. Também se eximirão de responsabilidade quando provarem que não houve defeito no serviço prestado, ou que o dano alegado pelo usuário decorreu de uma conduta externa (como fraudes de terceiros ou ataques cibernéticos que não poderiam ser previstos ou evitados pela empresa).

Nesse cenário, a inversão do ônus da prova surge como uma solução lógica, na medida em que uma empresa possui infraestrutura tecnológica e capacidade técnica para demonstrar a integridade de seus sistemas. E foi o que aconteceu na hipótese em berlinda.

Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo não o eximem da produção de prova mínima dos fatos constitutivos do direito alegado. Desse ônus, porém, não se desincumbiu o Autor da ação, no caso sob exame.

Por outro lado, a parte ré comprovou a existência de medidas de segurança digital, como sistemas de criptografia, autenticação de dois fatores e monitoramento contínuo contra ataques cibernéticos.

Fez prova, ainda, de que as transações foram realizadas de forma segura e legítima, seguindo os protocolos de segurança estabelecidos, com login e senha pessoal do próprio usuário, inexistindo falha no sistema que pudesse ter facilitado a violação de segurança.

O resultado, portanto, foi de improcedência do pedido formulado pela parte autora.

7 IMPACTOS DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO EQUILÍBRIO CONTRATUAL

A inversão do ônus da prova, especialmente em contratos empresariais e contratos de adesão, pode ter efeitos significativos sobre o equilíbrio contratual entre as partes.

Em contratos paritários, que envolvem relações B2B (business-to-business), onde as partes possuem, em regra, maior capacidade técnica e econômica, a inversão deve ser aplicada com extrema cautela, sob pena de causar desequilíbrios que comprometam a continuidade da relação contratual. Oportuno alertar para o fato de que a inversão do ônus da prova não deve ser utilizada de forma automática, especialmente em contratos empresariais, onde ambas as partes possuem recursos e expertise para cumprir suas obrigações. Igual atenção devem merecer os contratos empresariais envolvendo grandes corporações e pequenas empresas. A inversão, nesses casos, não pode ser automática e deve ser aplicada apenas quando houver uma clara desvantagem técnica ou informacional - e não simplesmente por uma presunção de vulnerabilidade -, de modo a não prejudicar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nos contratos de adesão, a inversão do ônus da prova é frequentemente utilizada para corrigir a assimetria entre o fornecedor e o consumidor. Válido! Contudo, a aplicação desse instituto em contratos empresariais de grande complexidade, como os que envolvem crédito bancário ou financiamento, por exemplo, pode gerar riscos econômicos consideráveis para a parte que, por sua maior capacidade técnica, é incumbida de produzir provas sobre fatos que, muitas vezes, escapam, por completo, ao seu controle direto.

CONCLUSÃO

O instituto da inversão do ônus da prova, seja no Código de Processo Civil, seja no Código de Defesa do Consumidor, visa a realização da justiça material nas mais diversas situações processuais. Seu objetivo é corrigir as distorções causadas pela desigualdade entre as partes, possibilitando que a parte vulnerável tenha suas demonstrações de forma justa, sem que sua incapacidade técnica ou econômica inviabilize a produção de provas.

A sua aplicação, no entanto, demanda parcimônia, prudência e análise criteriosa. É esperado que, com a evolução doutrinária e jurisprudencial, o tema continue sendo debatido e aprimorado, garantindo sempre a tutela efetiva dos direitos das partes, sem descuidar dos princípios processuais fundamentais.

Como qualquer instrumento jurídico, a inversão do ônus da prova não está imune a críticas. Um dos principais pontos de controvérsia é o potencial risco de abuso por parte de

vulneráveis, que poderiam se valer da ferramenta sem embasamento, gerando litigância de má-fé. Destarte, o conhecimento técnico dos magistrados, somado à experiência profissional e pessoal, justificam a nossa crença em que a facilitação da defesa dos sujeitos vulneráveis em juízo será garantida dentro de seus limites legais.

A redução das assimetrias e o estabelecimento do equilíbrio material e processual entre os sujeitos de uma relação jurídica está em harmonia com os princípios da legislação consumerista e do processo civil contemporâneo. A vedação à decisão surpresa e a garantia do respeito ao contraditório e à ampla defesa atendem à necessidade de proteção e defesa do sujeito vulnerável da relação jurídica sem, todavia, colocar o outro em posição de desvantagem exagerada.

À medida que o mundo avança tecnologicamente, novas questões surgem no âmbito jurídico e, por conseguinte, no contexto das relações de contratuais.

A revolução tecnológica e o surgimento de novos modelos de negócios - como as startups, as plataformas digitais, as corretoras de criptoativos e o comércio eletrônico -, alteraram significativamente a relação entre os agentes econômicos. Esse novo cenário impõe atenção à forma como se entende e se aplica a inversão do ônus da prova nas diferentes espécies de demandas judiciais, tanto naquelas entre sujeitos em paridade de armas, quanto naquelas outras, assimétricas.

Atualmente, depara-se os sujeitos com o uso crescente de algoritmos e sistemas de IA nas relações comerciais. Novos contratos passam a ser formulados ou até mesmo celebrados por máquinas.

Como fica, então, a dinâmica da inversão do ônus da prova quando os contratos são gerados por inteligências artificiais?

No cenário do *e-commerce*, a coleta e apresentação de provas têm desafios singulares. Transações online podem deixar rastros digitais, mas, ao mesmo tempo, podem ser suscetíveis a manipulações. Nesse contexto, a inversão do ônus da prova adquire nuances específicas, e a definição de hipossuficiência pode necessitar de novas interpretações.

O contexto atual de crise ambiental também influencia as relações negociais. A sustentabilidade e a responsabilidade social têm sido pilares na definição de políticas empresariais. Quando um produto se apresenta como ecologicamente correto, de quem seria o ônus de comprovar essa alegação? Seria o caso de incidência do art. 38, CDC?

São questionamentos que nos remetem a todos a novos olhares sobre o mecanismo da inversão do ônus da prova, sobretudo para a garantia de práticas comerciais mais transparentes e sustentáveis.

A sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, no início dos anos 1990, ajustando a distribuição dos ônus probatórios às melhores condições das partes de produção de elementos de convicção que comprovassem a veracidade dos fatos deduzidos no processo, mesmo hoje, ainda está em perfeito diálogo com as regras sobre distribuição do ônus da prova contidas no Código de Processo Civil, notadamente, as do art. 373, I e II, bem assim o seu §1º.

A definição do momento em que ocorre a inversão judicial do ônus da prova, na realidade forense, tem impactos diretos na estratégia de defesa adotada pelas partes envolvidas no processo.

Portanto, é de suma importância que estas e seus respectivos patronos estejam plenamente cientes dos critérios e dos momentos em que tal inversão pode ser determinada, ajustando as estratégias processuais, conforme necessário.

Uma vez que a inversão judicial tenha se operado, as partes devem ser comunicadas, possibilitando-lhes adaptarem suas atuações no processo, de acordo com a nova dinâmica. A parte que se beneficiou da inversão, evidentemente, pode optar por uma abordagem mais passiva, enquanto aquela sobre a qual recaiu o novo ônus da prova deverá adotar uma postura mais ativa na produção de evidências que suportem a sua argumentação jurídica.

Finalmente, a inversão do ônus da prova também tem implicações na prolação da sentença. O juiz haverá de considerar a nova distribuição probatória ao decidir. Caso a parte sobre a qual recaiu o ônus não consiga provar sua alegação ou rechaçar a da parte contrária, isso pode ser determinante para o desfecho que lhe seja desfavorável.

Por tudo isso, é inegável que a inversão do ônus da prova, seja por força da lei (*ope legis*), seja por força de pronunciamento judicial (*ope judicis*), é uma ferramenta valiosa na tutela dos direitos em juízo, buscando equilibrar a relação processual em situações de desigualdade, sempre com vistas à concretização da justiça e à efetividade do processo.

REFERÊNCIAS

BESSA, L. R. (2009). **Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BESSA, L. R.; LEITE, R. R. (2016). **A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2016, 133-146.

CARNELUTTI, F. **A prova civil**. São Paulo: Bookseller, 2001.

CARVALHO, J. C. **Direito do Consumidor**: Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRAGEM, B. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 12 ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PARECER

PARECER

**DO REGIME JURÍDICO
DOS PAGAMENTOS
EM NUMERÁRIO**

ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA



Estudo/Parecer sobre o regime jurídico dos pagamentos em numerário

(Entre a liberdade e a proibição)

Sob a Direção

de

Alberto Ribeiro de Almeida

Doutor em Direito (ciências jurídico-empresariais) pela Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada – Centro Universitário Lusíada – Norte (campus do Porto). Investigador Integrado CEJEA/UL (Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais/Universidade Lusíada). Coordenador do Grupo de Investigação "Investigação Jurídica e Ambiental" (CEJEA/UL).

Estudo/Parecer sobre o regime jurídico dos pagamentos em numerário

(Entre a liberdade e a proibição)

Sumário:

I – Consulta.

II – Resposta.

1. Regime jurídico dos pagamentos em numerário.
2. A liberdade e as proibições.
3. Consequências jurídicas da recusa do pagamento em numerário.
4. Do direito a ser constituído.

III – Conclusões.

I – Consulta.

O **CEJEA — Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais**, na sequência do pedido que foi efetuado à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada pela Associação Plataforma Denária, com sede na Rua General Firmino Miguel, n.º 7, 10-A, 1600-300 Lisboa, com o NIPC 517 558 610, **colocou-nos as seguintes perguntas:**

a) Qual o regime legal aplicável em Portugal à obrigatoriedade de aceitação de pagamentos em numerário?

b) É permitida a não aceitação de pagamento em numerário, obrigando à utilização de outro meio de pagamento, em qualquer tipo de transação, respeitando os limites previstos na lei?

c) Caso contrário, quais as consequências de tal prática?

d) Caso a regulamentação ou legislação existente seja omissa em relação à penalização aplicável, que tipo de instrumento ou processo jurídico seria necessário desenvolver para fixar a penalização (decreto-lei, regulamento ou outro instrumento)?

As perguntas colocadas remetem-nos, no essencial, para o regime jurídico dos pagamentos em numerário e consequências jurídicas da sua recusa.

II – Resposta.

1. Regime jurídico dos pagamentos em numerário.

O debate sobre a problemática dos pagamentos em numerário tem de ser recentrado ou colocado no centro certo. A pergunta, reiteradamente instada, da proibição do pagamento em numerário ou da obrigatoriedade da sua aceitação, está erradamente colocada. O devedor goza, em princípio, da liberdade de cumprimento da sua obrigação oferecendo ao devedor a prestação a que se vinculou usando qualquer dos meios legais ou convencionados de pagamento. Tratando-se de uma obrigação pecuniária, a liberdade é, em princípio, a de usar qualquer meio de pagamento legalmente ou contratualmente admitido. O pagamento em numerário insere-se nessa esfera de liberdade (aliás, essa forma de pagamento é o princípio-regra – importa não o esquecer). Uma liberdade que tem sofrido muitas restrições em virtude de o ordenamento jurídico ter tido necessidade de tutelar outros valores (designadamente, combater o branqueamento de capitais, o financiamento do terrorismo e outras práticas criminalmente qualificadas)¹, mas o princípio-regra é o da liberdade, incluindo, por antonomásia, a liberdade de pagar em numerário (notas ou moedas com curso legal).

O pagamento em notas e moedas (moeda legal ou pública) é o princípio- regra do ordenamento jurídico (sem prejuízo das exceções e limitações legais, bem como do princípio da liberdade contratual).

¹ Além das restrições legais – a que voltaremos em breve – existem as restrições práticas derivadas não só da promoção que tem sido efetuada dos modos de pagamento desmaterializados, mas igualmente da facilidade (quantas vezes desastrosa para a poupança) desses outros meios para o devedor (aqui “vestido” de consumidor).

É partindo da liberdade – como não poderia deixar de ser – que avançamos para a análise do regime jurídico vigente do cumprimento (*in casu, datio*) das obrigações pecuniárias. Liberdade que é limitada por dois círculos: um assente em restrições e limitações legais (círculo da proibição) e outro assente na liberdade contratual e na autonomia privada ainda que, em alguns casos, condicionada por um dever de informação.

Nos termos do disposto no artigo 550.º do Código Civil «O cumprimento das obrigações pecuniárias faz-se em moeda que tenha curso legal no País à data em que for efetuado e pelo valor nominal que a moeda nesse momento tiver, salvo estipulação em contrário». Importa delimitar o nosso problema. Em primeiro lugar, só abordaremos as obrigações pecuniárias² que se qualificam como obrigações de soma ou de quantidade³ (uma certa quantia em dívida) e não as que são qualificadas como obrigações pecuniárias em moeda específica. Em segundo lugar, interessa-nos para este parecer o significado de moeda e de dinheiro como meio de pagamento (para cumprimento de uma obrigação) e não como medida de valor. Em terceiro lugar, é-nos apenas relevante o cumprimento das obrigações pecuniárias no respeito pelo princípio do curso legal, *id est*, efetuado com moeda⁴ que tenha curso legal em Portugal à data em que é feito (não nos sendo relevante para este parecer o princípio nominalista⁵).

O princípio do curso legal significa que a moeda que assim seja qualificada por um Estado tem uma função liberatória genérica, ou seja, a sua aceitação como meio de pagamento (de obrigações pecuniárias, entenda-se) é obrigatória para todos⁶ – aceitabilidade e irrecusabilidade são duas consequências características

² As obrigações pecuniárias têm por objeto prestações em dinheiro (*pecunia*). O interesse do credor é satisfeito com o recebimento do valor em dívida em dinheiro – «o valor incorporado nas espécies monetárias ou nas notas» - vide ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, 848. Vide, igualmente, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, 735, ss.; FRANCISCO MENDES CORREIA, *Código Civil Comentado*, II

– *Das Obrigações em Geral*, Coordenação ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Almedina, Coimbra, 2021, 539; GERHARD DANNEMANN, REINER SCHULZE, *German Civil Code, Article-by-Article Commentary*, Vol. I, C. H. Beck, 2020, 325-326.

³ Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, 557; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 740, ss.; FRANCISCO MENDES CORREIA, *op. cit.*, 543, ss.

⁴ Sobre as funções da moeda vide ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, *Direito Bancário*, Quid Iuris, Lisboa, 2005, 240, ss.

⁵ O princípio nominalista significa que o devedor cumpre a sua obrigação pecuniária quando entrega ao

credor a quantia necessária para extinguir a obrigação considerando-se o valor nominal (facial ou extrínseco) da moeda no momento do cumprimento, não sendo relevante as flutuações do seu valor de troca (ou valor real). *Vide* PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, vol. I, 558; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, 853; FRANCISCO MENDES CORREIA, *op. cit.*, 544-546; ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, *op. cit.*, 248, ss.; GERHARD

DANNEMANN, REINER SCHULZE, *op. cit.*, 326. Este princípio pode sofrer desvios ao abrigo da liberdade contratual, como resulta da parte final do citado artigo 550.º do Código Civil, ou em virtude de disposição legal (cfr. artigo 551.º do Código Civil).

⁶ *Vide* ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, *op. cit.*, 242; GERHARD DANNEMANN, REINER SCHULZE, *op. cit.*, 326 (que

escrevem: «Money is understood as particular embodied monetary symbols, which have to be accepted by reason of state orders to settle debts and designated as *statutory means of payment*»).

daquele princípio do curso legal (já a característica do poder liberatório pode ser restringida ou limitada pela lei, como veremos a seguir). A sua não aceitação pelo credor implica, nos termos do artigo 813.º do Código Civil – a que voltaremos –, a constituição do credor em mora (consequência da referida característica da irrecusabilidade). A moeda que tem curso legal em Portugal é o euro (€)⁷ nos termos do Regulamento (CE) nº 1103/97 do Conselho de 17 de junho de 1997 relativo a certas disposições respeitantes à introdução do euro, e do Regulamento (CE) nº 974/98 do Conselho de 3 de maio de 1998 relativo à introdução do euro. Reza assim o artigo 2.º deste último Regulamento «A partir de 1 de janeiro de 1999, a moeda dos Estados-membros participantes é o euro. A respetiva unidade monetária é um euro. Cada euro dividir-se-á em cem cêntimos.»⁸

Da interpretação da citada disposição do Código Civil (artigo 550.º) até parece resultar que o pagamento em numerário (moedas e notas) seria o único modo de extinguir uma obrigação pecuniária. Margarida Lima Rego diz-nos o seguinte «Tradicionalmente entendia-se que, na falta de lei especial ou estipulação das partes em sentido distinto, só a entrega de espécies monetárias, i. e., moedas e notas, seria qualificável como cumprimento de uma obrigação pecuniária, correspondendo tudo o mais – p. ex., um depósito ou uma transferência bancária, um pagamento através de cartão de débito ou de crédito ou mesmo a entrega de um cheque – a uma dação em cumprimento (art. 837.º) ou, no último caso, a uma dação *pro solvendo* (art. 840.º).»⁹ Como a autora reconhece, nos nossos dias a vulgarização desses outros meios de pagamento, em especial cartões físicos ou virtuais e outros meios desmaterializados, por exemplo, através de um serviço de pagamento *online*, podem constituir meios de cumprimento de obrigações

⁷ Diz o artigo 128.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE): «O Banco Central Europeu tem o direito exclusivo de autorizar a emissão de notas de banco em euros na União. O Banco Central Europeu e os bancos centrais nacionais podem emitir essas notas. As notas de banco emitidas pelo Banco Central Europeu e pelos bancos centrais nacionais são as únicas com curso legal na União.»

⁸ O artigo 3.º diz, ainda, «O euro substitui a moeda de cada Estado-membro participante à taxa de conversão». Impõe-se, ainda, citar os artigos 10.º («A partir de 1 de Janeiro de 2002, o BCE e os bancos centrais dos Estados-membros participantes porão em circulação notas expressas em euros. Sem prejuízo do artigo 15º, essas notas expressas em euros serão as únicas notas com curso legal em todos esses Estados-membros.») e 11.º («A partir de 1 de Janeiro de 2002, os Estados-membros participantes emitirão moedas expressas em euros ou em cêntimos, que respeitem as denominações e as especificações técnicas que o Conselho possa adoptar nos termos do nº 2, segundo período, do artigo 105ºA do Tratado. Sem prejuízo do artigo 15º, essas moedas serão as únicas moedas com curso legal em todos esses Estados-membros. À excepção da autoridade emissora e das pessoas especificamente designadas pela legislação nacional do Estado-membro emissor, ninguém poderá ser obrigado a aceitar mais de cinquenta moedas num único pagamento.»).

⁹ Vide MARGARIDA LIMA REGO, anotação ao artigo 550.º do Código Civil, in *Código Civil Anotado*,

Vol. I, 2.^a edição revista e atualizada, Coordenação de ANA PRATA, Almedina, Coimbra, 2019, 743. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, 853, n. 3, escreve «(...) O devedor só pode liberar-se pela entrega de dinheiro (legal ou estadual), não por depósito ou transferência para a conta bancária do credor, salvo se este consentir em tal forma de pagamento». Sobre a moeda bancária ou escritural, ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, *op. cit.*, 262, escreve «(...) não lhes assiste poder liberatório, daí resultando que ninguém é obrigado a aceitar em pagamento esta modalidade de moeda».

pecuniárias (meios que implicam mobilização de saldos em conta bancária – moeda escritural ou bancária¹⁰)¹¹.

A parte final do referido artigo 550.º do Código Civil permite que no quadro da liberdade contratual as partes possam consagrar um regime diferente, *id est*, a regra (e para o que aqui nos interessa) do cumprimento das obrigações pecuniárias através de moedas e notas (numerário) pode ser afastada pelas partes. No uso da sua autonomia podem as partes estipular qual o meio ou meios de pagamento que admitem para a extinção da obrigação pecuniária, podendo o credor recusar qualquer outro meio de pagamento.

Podemos, desde já, concluir o seguinte:

No respeito pela liberdade contratual, e sem prejuízo do disposto em lei especial, o cumprimento das obrigações pecuniárias pode efetuar-se através de múltiplos instrumentos de pagamento¹² (que se encontram vulgarizados), sendo certo que o regime-regra legal continua a ser o do pagamento mediante a entrega de moeda legal ou pública¹³ (em quantidade correspondente à soma devida), pois

¹⁰ Não podemos olvidar que ao lado da moeda pública há moeda privada. MIGUEL PESTANA VASCONCELOS, in *Direito Bancário*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, 32, diz: «Os bancos criam moeda. Não se trata de moeda legal com efeito liberatório legal, composta, como se sabe, em notas e moedas (...), que consiste num monopólio estatal. Os bancos, ente privados, criam moeda escritural, que consiste em saldos de contas bancárias. Essa criação tem limites (...)». Sobre a evolução da moeda até à moeda desmaterializada, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª edição, 2012, 79, ss. ¹¹ Não deixa de ser relevante a este propósito que o artigo 798.º, n.º 2, do Código do Processo Civil, diga que «Constitui entrega de dinheiro o pagamento por cheque ou transferência bancária» [vide, ainda, os artigos 846.º, n.º 2, e 849.º, n.º 1, alínea a)]. Relevante é igualmente o disposto na Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, na sua versão atualizada. O artigo 40.º admite que o cumprimento das prestações tributárias se efetue por moeda escritural ou bancária (reza assim: «As prestações tributárias são pagas em moeda corrente ou por cheque, débito em conta, transferência conta a conta e vale postal ou por outros meios utilizados pelos serviços dos correios ou pelas instituições de crédito que a lei expressamente autorize»). Por sua vez, o artigo 63.º-C (com a epígrafe «contas bancárias exclusivamente afectas à actividade empresarial»), n.º 1, diz: «Os sujeitos passivos de IRC, bem como os sujeitos passivos de IRS que disponham ou devam dispor de contabilidade organizada, estão obrigados a possuir, pelo menos, uma conta bancária através da qual devem ser, exclusivamente, movimentados os pagamentos e recebimentos respeitantes à actividade empresarial desenvolvida». Vide, ainda, neste diploma, os artigos 63.º-C, n.º 2, e 63.º-E, n.º 2.

¹² O incremento no uso de instrumentos de pagamento eletrónicos e novos tipos de serviços de pagamento exigiu uma intervenção do legislador. Vide o Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro, que aprova o

Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, que altera as Diretivas 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, e que revoga a Diretiva 2007/64/CE. Aqui se regula o acesso à atividade de prestação de serviços de pagamento e de moeda eletrónica e o seu exercício, estabelecem-se deveres de informação pré-contratual e pós-contratual e consagram-se direitos e obrigações contratuais dos utilizadores e dos prestadores destes serviços de pagamento.

¹³ Usamos aqui a expressão «moeda legal ou pública» (significando numerário – notas ou moedas) em contraposição a «moeda escritural, bancária ou privada».

só este libera o devedor (salvo acordo do credor quanto a outros meios de pagamento ou disposição legal em sentido diverso)¹⁴.

2. A liberdade e as proibições.

A liberdade que *supra* referimos não significa que, unilateralmente¹⁵, uma das partes possa impor à outra uma certa forma de pagamento ou de extinção da obrigação pecuniária (por exemplo, apenas pagamento com cartões de débito ou de crédito). Por outro lado, também não significa que, unilateralmente, se possa recusar o pagamento de uma obrigação pecuniária mediante o uso de moeda legal (notas e moedas, ou seja numerário). A autonomia privada¹⁶ (esse «espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica»¹⁷) não permite estas práticas. O «espaço de liberdade» que deriva desse princípio conformador do ordenamento jurídico (em especial, do juscivilista), o da autonomia privada (esse referencial transpositivo de validade), tem linhas demarcadoras.

Vamos dividir o problema em diversas partes.

¹⁴ Apesar das restrições legais ao uso de numerário, como veremos, o pagamento em notas e moedas cumpre diversas funções e tem diversas vantagens. Os pagamentos em notas e moedas não exige o envolvimento de terceiros (instituições financeiras, prestadores de serviços de pagamento, prestadores de serviços de comunicações, etc.), ou seja, concedem liberdade e autonomia. Como referimos, as notas e moedas com curso legal têm poder liberatório geral e não podem, por isso, ser recusadas (veremos, mais adiante, as consequências dessa eventual recusa). O direito à reserva da vida privada e a proteção de dados pessoais, incluindo a identidade, são direitos fundamentais e de personalidade que o pagamento em numerário respeita. Pessoas socialmente vulneráveis, idosos ou grupos mais pobres podem não conseguir ter acesso a meios de pagamento virtuais; ora, as notas e as moedas asseguram a sua inclusão. O pagamento em numerário permite um melhor controlo da despesa e consequentemente das poupanças (os pagamentos desmaterializados proporcionam decisões de compra impulsivas). A rapidez do pagamento em numerário, de extinção da obrigação, é uma vantagem que pode não ser oferecida pelos outros meios de pagamento. Se considerarmos os riscos do cibercrime, da fraude ou da contrafação, dos riscos financeiros para o credor e o devedor, a moeda legal ou pública não apresenta estes riscos (é segura). As pequenas poupanças (para pequenas compras futuras ou para ofertas ou até para estimular a poupança nas crianças e jovens) constituem uma reserva de valor que as notas e as moedas permitem (muito mais do que os outros instrumentos de pagamento). Sobre isto *vide* a Recomendação da Comissão de 22 de março de 2010 sobre o alcance e consequências do curso legal das notas e moedas em euros (2010/191/UE), bem como o *Report of the Euro Legal Tender Expert Group (ELTEG) on the definition, scope and effects of legal tender of euro banknotes and coins* (pode ser consultado em: https://ec.europa.eu/economy_finance/articles/euro/documents/elteg_en.pdf).

¹⁵ Sem mais delongas, a liberdade contratual pressupõe, desde logo, o acordo entre partes – *vide* o artigo

405.º do Código Civil. cremos que não necessitamos de nos estender nesta matéria. Não nos estamos, agora, a referir à liberdade contratual, mas à autonomia privada (a liberdade contratual é, apenas, uma das expressões da autonomia privada).

¹⁶ Sobre a autonomia privada, *vide*, entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo I, Almedina, Coimbra, 1999, 169, ss.

¹⁷ *Vide*, entre muitos, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 3 de dezembro de 2009, processo 995/05.8TBFND.C1, relator ALBERTO RUÇO, in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/F8A87F9400A87CCF802576A40054BFB1>.

Em primeiro lugar, sabendo que, por regra, o devedor só cumpre a sua obrigação pecuniária se entregar ao credor moeda legal ou pública (em quantidade correspondente à soma devida), pode o credor (imaginemos um comerciante) recusar o pagamento através de cartões (de débito, de crédito ou pré-pagos) ou outras formas desmaterializadas de pagamento?

A resposta é positiva. Sim, o comerciante pode recusar pagamentos através de meios que não sejam dinheiro (moeda legal ou pública). Todavia, a tutela do consumidor impõe, aqui, o cumprimento de um dever de informação. A Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores (Lei de defesa do consumidor), na sua redação atual, determina, no artigo 8.º, n.º 1, alínea f), que «O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto, nomeadamente sobre: f) As modalidades de pagamento (...)». Ou seja, os fornecedores de bens e os prestadores de serviços devem fornecer ao consumidor toda a informação necessária e relevante à sua decisão de aquisição, pelo que a informação sobre o modo de pagamento (desde a impossibilidade de pagamento por meios eletrónicos ou qualquer meio desmaterializado ou a possibilidade de usar estes modos de pagamento acima de certo valor) deve estar bem visível no estabelecimento comercial, e de forma clara, objetiva e adequada¹⁸, de modo a não infringir os direitos dos consumidores consagrados neste diploma¹⁹ (com as consequências jurídicas inerentes).²⁰

Em segundo lugar, apesar do disposto no artigo 550.º do Código Civil, que já analisámos, ou seja, de que, por regra, o devedor só cumpre a sua obrigação pecuniária se entregar ao credor (em quantidade correspondente à soma devida) moeda legal ou pública (salvo convenção em contrário), existem diversas restrições

¹⁸ Se for o caso deverá ser indicado os símbolos de identificação das marcas de cartões que são aceites ou não aceites. Para mais detalhes *vide* o documento do Banco de Portugal sobre as Boas práticas na utilização de Cartões de pagamento, destinado aos comerciantes (in <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/bpcartoes-comerciantes.pdf>).

¹⁹ O mesmo regime se aplica aos cheques.

²⁰ Tivemos uma exceção temporária no nosso ordenamento jurídico. O Decreto-Lei n.º 10-H/2020, de 26 de março, que estabeleceu medidas excecionais e temporárias de fomento da aceitação de pagamentos baseados em cartões, no âmbito da pandemia da doença COVID-19, determinou, no seu artigo 3.º, que «os beneficiários dos pagamentos com cartão que disponibilizem terminais de pagamento automáticos não podem recusar ou limitar a aceitação de cartões para pagamento de quaisquer bens ou serviços,

independentemente do valor da operação, durante o período em que vigorar a suspensão prevista no artigo anterior» (*id est*, a suspensão de comissões em operações de pagamento – artigo 2.º). Durante um período transitório os comerciantes estiveram obrigados a aceitar pagamentos mediante cartão bancário, qualquer que fosse o valor a cobrar (desde que dispusessem desses meios de pagamento). Cfr., ainda, o Decreto-Lei n.º 66-A/2022, de 30 de setembro (determinou a cessação de vigência de decretos-leis publicados, no âmbito da pandemia da doença COVID-19).

legais à utilização deste meio de pagamento (ou seja, nos casos tipificados na lei a moeda legal ou pública perde a sua característica liberatória que *supra* referíamos)²¹.

A Lei n.º 92/2017, de 22 de agosto, veio obrigar à utilização de meio de pagamento específico em transações que envolvam montantes iguais ou superiores a 3.000€, alterando a Lei Geral Tributária e o Regime Geral das Infrações Tributárias. Assim, foi aditado à Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, o artigo 63.º-E (proibição de pagamento em numerário) com a seguinte redação:

«1 — É proibido pagar ou receber em numerário em transações de qualquer natureza que envolvam montantes iguais ou superiores a € 3 000, ou o seu equivalente em moeda estrangeira.

2 — Os pagamentos realizados pelos sujeitos passivos a que se refere o n.º 1 do artigo 63.º-C, respeitantes a faturas ou documentos equivalentes de valor igual ou superior a € 1 000, ou o seu equivalente em moeda estrangeira, devem ser efetuados através de meio de pagamento que permita a identificação do respetivo destinatário, designadamente transferência bancária, cheque nominativo ou débito direto.

3 — O limite referido no n.º 1 é de € 10 000, ou o seu equivalente em moeda estrangeira, sempre que o pagamento seja realizado por pessoas singulares não residentes em território português e desde que não atuem na qualidade de empresários ou comerciantes.

4 — Para efeitos do cômputo dos limites referidos nos números anteriores, são considerados de forma agregada todos os pagamentos associados à venda de bens ou prestação de serviços, ainda que não excedam aquele limite se considerados de forma fracionada.

5 — É proibido o pagamento em numerário de impostos cujo montante exceda € 500.

6 — O disposto neste artigo não é aplicável nas operações com entidades financeiras cujo objeto legal compreenda a receção de depósitos, a prestação de serviços de pagamento, a emissão de moeda eletrónica ou a realização de

²¹ Estas restrições e limitações significam que a moeda privada ou bancária adquiriu características de «publicização». Ou seja, nestes casos, «o Estado confere à moeda bancária força liberatória geral» fazendo substituir a moeda legal por moeda bancária». *Vide*, desenvolvidamente, MIGUEL PESTANA VASCONCELOS, *op. cit.*, 34, ss.; ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, *op. cit.*, 248.

operações de câmbio manual, nos pagamentos decorrentes de decisões ou ordens judiciais e em situações excepcionadas em lei especial».

Perdoem-nos a transcrição integral da norma em causa, mas a sua leitura dispensa-nos de particulares comentários para o parecer que nos é solicitado²². Podemos, aliás, resumir num simples quadro:

Incidência objetiva	Incidência subjetiva	Valor máximo
Pagamentos e recebimentos em numerário	Pessoas singulares residentes (sem obrigação de dispor de contabilidade organizada)	3.000€
	Pessoas singulares não residentes (sem obrigação de dispor de contabilidade organizada)	10.000€
	Sujeitos passivos de IRC ou sujeitos passivos de IRS que disponham ou devam dispor de contabilidade organizada (independentemente de serem residentes ou não em território português)	1.000€
Pagamento de impostos	Geral	500€

²² Diga-se, apenas, que o objetivo desta alteração legislativa se insere num quadro mais amplo de medidas destinadas ao combate ao branqueamento de capitais, à fraude fiscal e ao financiamento do terrorismo. Os limites ao pagamento em numerário pretendem evitar a ocultação dos intervenientes na transação e o combate à economia paralela. Para mais detalhes (apenas referimos os diplomas essenciais) *vide*: a Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão; o Regulamento (UE) 2015/847 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo às informações que acompanham as transferências de fundos e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1781/2006; a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho [sendo de salientar o disposto no artigo 10.º («As entidades obrigadas abstêm-se de celebrar ou de algum modo participar em quaisquer negócios de que, no âmbito da sua atividade profissional, resulte a violação dos limites à utilização de numerário previstos em legislação específica».) e no artigo 169.º, alínea a) («Constituem contraordenação os seguintes factos ilícitos típicos: a) A celebração ou participação em quaisquer negócios onerosos em que o pagamento do preço ou valor do mesmo seja feito em numerário e exceda os limites previstos nos n.ºs 1 e 3 do artigo 63.º-E da Lei Geral Tributária, em violação do disposto no artigo 10.º da presente lei e nas correspondentes disposições regulamentares (...))»]; a Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, que aprova o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo, transpõe o capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e procede à alteração de Códigos e outros diplomas legais; a Lei n.º 97/2017, de 23 de agosto, que regula a aplicação e a execução de medidas restritivas aprovadas pela Organização das Nações Unidas ou pela União Europeia e estabelece o regime sancionatório aplicável à violação destas medidas; e o Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2018 que regulamenta as condições de exercício, os procedimentos, os instrumentos, os mecanismos, as formalidades de aplicação, as obrigações

de prestação de informação e os demais aspetos necessários a assegurar o cumprimento dos deveres preventivos do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, no âmbito da atividade das entidades financeiras sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, bem como os meios e os mecanismos necessários ao cumprimento, pelas mesmas, dos deveres previstos na Lei n.º 97/2017, e ainda as medidas que os prestadores de serviços de pagamento devem adotar para detetar as transferências de fundos em que as informações sobre o ordenante ou o beneficiário são omissas ou incompletas. Sobre a criação de novos sistemas de pagamento sem que se manuseie moeda legal (apenas escritural) e sua regulação, vide MIGUEL PESTANA VASCONCELOS, *op. cit.*, 38, ss., 441, ss., e 481, ss.; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Direito Bancário Privado*, Quid Iuris, Lisboa, 2004, 192, ss.; JEAN-PIERRE DESCHANEL, *Droit bancaire. L'institution bancaire*, Dalloz, Paris, 1995, 29, ss. Sobre o impacto da revolução tecnológica na banca, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário, cit.*, 295, ss.

O diploma em apreço alterou, ainda, o disposto no artigo 129.º do Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de junho, cominando o seguinte: «3 — A realização de transações em numerário que excedam os limites legalmente previstos é punível com coima de € 180 a € 4 500.».

Em terceiro e último lugar, pode ser recusado pelo credor (por exemplo, por um comerciante) o cumprimento da obrigação pecuniária por parte do devedor através de moeda legal ou pública (sendo certo que não existe acordo em sentido diverso nem está em causa a infração a disposições legais que estabelecem regime diverso)?

Em face de uma obrigação pecuniária, o curso legal de notas e moedas de euros implica, necessariamente, a sua aceitação obrigatória pelo credor como meio de pagamento ou cumprimento da obrigação (em quantidade correspondente à soma devida). Implica, igualmente, a aceitação do valor nominal total (o valor monetário das notas e moedas de euro é igual ao montante inscrito em tais notas e moedas). Estamos, assim, perante um meio através do qual o devedor cumpre as suas obrigações pecuniárias, pagando, e ficando liberado.

Existem, todavia, duas ressalvas que devem aqui ser efetuadas.

Qualquer nota de banco (euros) de valor elevado deve ser aceite como meio de extinguir uma obrigação pecuniária. De todo o modo, deve-se aqui aplicar o princípio da proporcionalidade. Na verdade, se o montante devido pelo devedor é desproporcionado em relação à nota (ao valor nominal da nota) com a qual o devedor se oferece para pagar, pode o credor recusar o pagamento (desde logo por não ter troco disponível nem tal lhe ser exigível face ao valor nominal da nota em causa oferecida para pagamento). O consumidor dirige-se a uma pequena tabacaria para comprar uma embalagem de pastilhas elásticas *Spearmint* 16,5 g que custa 0,99€ e pretende pagar com uma nota de 200€. Claramente se infringe aqui o princípio da proporcionalidade, em todas as suas dimensões da adequação (o meio não é apropriado para a prossecução do fim), da exigibilidade (o fim pode ser alcançado por um meio menos oneroso) e da proporcionalidade em sentido estrito (uma medida excessiva em relação ao fim; falha a «justa medida»)²³. Em qualquer dos casos, o que está em causa é a relação entre o meio usado e o fim que se pretende alcançar²⁴.

²³ Para mais detalhes sobre o princípio da proporcionalidade, *vide* GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2003, 266, ss., e 457, ss.

²⁴ *Vide* JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, 274, e ss.

A segunda ressalva (que é uma manifestação do princípio da proporcionalidade) prende-se com o disposto no artigo 11.º, parte final, do Regulamento (CE) n.º 974/98 do Conselho de 3 de maio de 1998 relativo à introdução do euro e que reza assim: «À exceção da autoridade emissora e das pessoas especificamente designadas pela legislação nacional do Estado-Membro emissor, ninguém pode ser obrigado a aceitar mais de cinquenta moedas num único pagamento». Por sua vez o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 246/2007, de 26 de junho (diploma que regula a emissão, cunhagem, colocação em circulação e comercialização de moeda metálica), diz: «Com exceção do Estado, através das caixas do Tesouro, do Banco de Portugal e das instituições de crédito cuja actividade consista em receber depósitos junto do público, ninguém é obrigado a aceitar, num único pagamento, mais de 50 moedas correntes». Esta disposição é, como dizíamos, uma expressão positiva do princípio da proporcionalidade. Ou seja, o credor de uma obrigação pecuniária (um comerciante, por exemplo) pode, licitamente, recusar-se a receber 90 moedas de 1 cêntimo para pagar um café que custe 0,90€.

Impõe-se neste momento uma breve síntese. O credor pode recusar o cumprimento da obrigação pecuniária por parte do devedor através de moeda legal ou pública (em quantidade correspondente à soma devida) nos seguintes casos:

- a) Convenção entre as partes (consagrando outra forma de pagamento);
- b) Disposição legal imperativa (em obediência a outros valores);
- c) Princípio da proporcionalidade (que, por si só, sublinhe-se, não afasta o meio de pagamento regra).

Fora deste quadro legal, pode o credor recusar o cumprimento da obrigação pecuniária por parte do devedor através de moeda legal ou pública (em quantidade correspondente à soma devida)?

Impõe-se que regressemos ao princípio-regra: o cumprimento das obrigações pecuniárias tem de se efetuar mediante a entrega ao credor, por parte do devedor, da quantidade de moeda legal ou pública que corresponda à soma que é devida. Ou seja, em resposta à pergunta colocada, dizemos não, não pode. Se não há convenção em contrário (em contrário ao princípio-regra que enunciámos e consagrando outro meio de pagamento) nem disposição legal que restrinja ou limite aquele meio de pagamento, regressamos ao princípio-regra, *id est*, pagamento em numerário (moeda legal ou pública).

Aliás, só assim se compreende que alguns comerciantes (regra geral pequenos comerciantes, como, por exemplo, os que exploram pequenas tabacarias e onde se vendem produtos de baixo ou muito baixo valor, como revistas, jornais, chocolates, gomas, rebuçados, etc., ou prestam pequenos serviços, como uma simples fotocópia) não aceitem (e podem não aceitar) outro meio de pagamento que não seja através de moeda legal ou pública (numerário), em virtude (mas não é necessário que existe uma causa justificativa) dos custos que implica a utilização de outros meios de pagamento (que exige um prestador de serviços como intermediário).

Imaginemos, agora, uma sociedade comercial (uma sociedade anónima, por exemplo) que explora a organização de grandes eventos desportivos ou musicais [com milhares de participantes ainda que cada ingresso seja de valor reduzido (ou não)], ou uma sociedade comercial, do mesmo tipo, que explora uma empresa de cobrança de serviços de estacionamento automóvel (em que diariamente controla milhares de veículos) e os participantes nos eventos ou os utilizadores dos veículos, imagina-se, “teimam” em pagar em dinheiro (moeda legal ou pública) o preço da entrada ou o preço do estacionamento. As sociedades em causa vão ter de estar dotadas de pessoas e, diga-se, de muitos “trocós” e fazer toda a gestão das pessoas e do dinheiro (moeda legal ou pública). Os administradores destas sociedades prefeririam, por comodidade e especial vantagem na redução de custos, que os utilizadores não pagassem em dinheiro, mas sim com cartões físicos ou virtuais ou outros meios desmaterializados (através, por exemplo, do telemóvel efetuar uma transferência bancária). Confortável e barato para todos, dirão os administradores destas sociedades.

Há, todavia, um único problema. Um pequeno problema. A lei. A lei não permite.

Imagina-se que, ainda assim, decidiram recusar, em todas as circunstâncias, o pagamento em dinheiro (moeda legal ou pública)²⁵.

Quais as consequências jurídicas desta recusa?

3. Consequências jurídicas da recusa do pagamento em numerário.

²⁵ Já não vamos aqui ponderar situações mais graves em que em alternativa ao pagamento em dinheiro, e não tendo o consumidor outro meio de pagamento, impuseram a aquisição (sim, com custos) de um cartão

físico ou virtual.

A recusa anteriormente referida não tem, no nosso ordenamento jurídico, uma consequência qualificável, por exemplo, como contraordenação («leve», «grave» ou «muito grave») punível com coima nos termos do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (RJCE) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro.

Antes de explorarmos esta via (a contraordenacional) impõe-se, contudo, analisar as consequências jurídicas no campo da relação contratual²⁶ entre credor e devedor quando o credor se recusa a receber dinheiro (moeda legal ou pública) do devedor para este cumprir uma obrigação pecuniária para com aquele. Estando o interesse do credor satisfeito (ou tendo-lhe sido oferecido o cumprimento), importa tutelar o interesse do devedor (não apenas o interesse do devedor que quer assistir ao espetáculo de música, mas não aceitam pagamento em numerário – e o devedor só dispõe de numerário – mas igualmente o interesse do devedor em adquirir um medicamento de que precisa com urgência, mas a farmácia não aceita as suas notas ou moedas). Como veremos de seguida, entendemos que aquela recusa configura a violação de um dever jurídico do credor, um ato ilícito.²⁷

Sendo certo que na relação jurídica contratual a cada uma das partes compete suportar os danos derivados das suas livres escolhas, havendo mora do credor tal significa que é a este imputável – há uma conexão causal – os danos que vier a causar – pela recusa da aceitação da prestação do devedor – na esfera jurídica do devedor. Este é o princípio²⁸.

Estamo-nos a referir ao regime civilístico da mora do credor, em especial ao disposto nos artigos 813.º a 816.º do Código Civil. Este regime pondera, na sua positivação, dois interesses: por um lado, o vínculo jurídico não se extingue, apesar da mora do credor; por outro lado, o devedor não pode ter a sua posição prejudicada por causa da mora do credor (claramente um regime que assenta na estrutura da relação obrigacional desenhada para a tutela dos interesses do credor)²⁹. Se o credor não aceita, sem causa justificativa (já vimos as causas justificativas), o cumprimento pontual da obrigação pecuniária do devedor por este estar a pagar em dinheiro (moeda legal ou pública), o credor incorre em mora. Incorrendo o credor em mora, nos termos do disposto no artigo 813.º do Código

²⁶ Naturalmente que antes da celebração do contrato pode haver, por parte do consumidor e potencial devedor, perda de interesse na sua celebração.

²⁷ Para análise deste problema *vide* MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 112.

²⁸ Para mais desenvolvimentos, *vide* BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1985, 309-310.

²⁹ *Vide* MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 1081.

Civil³⁰, e estando nós em face de uma obrigação pecuniária, temos as seguintes consequências³¹ que importa, ainda que brevemente, referir.

a) A mora do credor implica a isenção de responsabilidade moratória do devedor, pois o não cumprimento da obrigação não lhe é imputável (artigo 798.º do Código Civil).

b) Estamos em face de uma omissão do credor que pode ser qualificada como injustificada, ilícita e culposa.

A impossibilidade da prestação é imputável, no caso em análise, ao credor. Sendo um dever do devedor realizar a prestação, o certo é que a sua realização necessita da cooperação do credor³² (que este receba, *in casu*, o dinheiro). A recusa do recebimento da prestação (quando esta lhe foi oferecida pelo devedor, que fez tudo o que lhe competia para pagar a dívida³³), sem causa justificativa, implica mora do credor. No caso em análise, não havendo nenhuma causa justificativa ou motivo legítimo (enumeramos *supra* algumas³⁴), está preenchido o requisito da mora do credor (independentemente de culpa).

Além de se poder entender que poderá haver um dever (e não apenas um ónus) do credor cooperar com o devedor pois este tem interesse (e um interesse legítimo) em se liberar da obrigação pecuniária, não podemos olvidar que o devedor se ofereceu para cumprir a obrigação pecuniária (em quantidade correspondente à soma devida) através de moeda legal ou pública. Como *supra* referimos, o princípio do curso legal (com as suas características da aceitabilidade e da irrecusabilidade) significa que a moeda que assim seja qualificada por um Estado tem uma função liberatória genérica, ou seja, a sua aceitação como meio de pagamento (de obrigações pecuniárias) é obrigatória para todos. O princípio do curso legal do euro deriva quer do artigo 550.º do Código Civil, quer do artigo

³⁰ Para facilitar a leitura transcrevemos o artigo 813.º (requisitos): «O credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação».

³¹ Vamos analisar a situação em que a não cooperação do credor gera mora e não a situação em que essa não cooperação implica uma impossibilidade definitiva do cumprimento (ficando o devedor exonerado do vínculo jurídico e não incorrendo em qualquer responsabilidade – *vide* artigos 790.º, n.º 1, e 795, n.º 2, do Código Civil). Não é esta a consequência da recusa do recebimento de numerário por parte do credor nem é esta a perspectiva que nos interessa analisar.

³² *Vide* ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. II, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 1999, 151; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IX Direito das Obrigações*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, 248; GERHARD DANNEMANN, REINER SCHULZE, *op. cit.*, 436.

³³ *Vide* GERHARD DANNEMANN, REINER SCHULZE, *op. cit.*, 437, referindo-se ao § 294 do BGB.

³⁴ Além dos casos enumerados em que o credor pode recusar o pagamento em numerário, poderão existir

outras, designadamente casos de força maior. Para mais exemplos, mas que não são relevantes para o caso em apreço, *vide* PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, vol. II, 86; MARIA DE LURDES PEREIRA, *Código Civil Comentado, II – Das Obrigações em Geral*, Coordenação ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Almedina, Coimbra, 2021, 1077-1078.

128.º do TFUE quer, ainda, dos citados Regulamentos (CE) n.º 1103/97 do Conselho de 17 de junho de 1997, e (CE) n.º 974/98 do Conselho de 3 de maio de 1998. A não aceitação pelo credor da moeda legal e pública gera não apenas culpa (o credor está legalmente obrigado a aceitar), mas igualmente ilicitude (pois estamos perante a infração de uma norma jurídica que impõe um dever jurídico³⁵). Não dizemos que o devedor é titular de um direito subjetivo³⁶; o que dizemos é que existe a violação de uma norma jurídica que tutela não apenas os interesses do devedor, mas que, na análise que estamos a efetuar, tutela interesses gerais do tráfico jurídico civil e mercantil (interesses de certeza e segurança jurídicas e de tutela da confiança).

Está aberta, assim, a porta da responsabilidade civil do credor pelos danos que causar ao devedor pelo seu comportamento de recusa de recebimento do numerário. Todos os pressupostos da responsabilidade civil poderão ser preenchidos. Menezes Cordeiro escreve: «(...) quando o credor tenha procedido ilicitamente, entendemos que deve indemnizar o devedor por quaisquer outros danos causados ao devedor, incluindo morais»³⁷.

c) Quanto à responsabilidade do devedor, nos termos do artigo 814.º do Código Civil³⁸, a mesma fica atenuada³⁹. Estando em causa, neste parecer, obrigações pecuniárias, o n.º 1 desta norma é-nos pouco relevante pois sucintamente abrange a responsabilidade do devedor pela guarda e conservação da coisa (responsabilidade apenas por dolo, pois o devedor é agora praticamente um depositário forçado) e o regime dos frutos da coisa (só tem de restituir os frutos percebidos e não os que poderia ter percebido); apenas é relevante o n.º 2 que estabelece que tais obrigações deixam de vencer juros (legais ou convencionados)⁴⁰.

d) A mora do credor implica, nos termos do artigo 815.º do Código Civil⁴¹, que o risco, pela impossibilidade superveniente da prestação, corra, precisamente,

³⁵ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 561, n. 1.

³⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IX Direito das Obrigações, cit.*, 251-252, defende que existe, por parte do credor, um dever de cooperar no cumprimento, derivada do princípio da boa-fé, e que a mora, axiologicamente censurável, implica um juízo de culpa (artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil). Se o credor não cooperar, escreve o autor, «atua ilicitamente». Mas não há um «direito do devedor ao cumprimento».

³⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IX Direito das Obrigações, cit.*, 249.

³⁸ Que diz: «1. A partir da mora, o devedor apenas responde, quanto ao objecto da prestação, pelo seu dolo; relativamente aos proventos da coisa, só responde pelos que hajam sido percebidos. 2. Durante a mora, a dívida deixa de vencer juros, quer legais, quer convencionados».

³⁹ Desenvolvidamente vide MARIA DE LURDES PEREIRA, *op. cit.*, 1080, ss.

⁴⁰ Vide, para mais detalhes, GERHARD DANNEMANN, REINER SCHULZE, *op. cit.*, 441-442,

referindo-se aos §§ 300 a 304 do BGB.

⁴¹ Que dispõe o seguinte: «1. A mora faz recair sobre o credor o risco da impossibilidade superveniente da prestação, que resulte de facto não imputável a dolo do devedor. 2. Sendo o contrato bilateral, o

por conta do credor (o devedor só responde se a impossibilidade derivar de dolo). Nos contratos bilaterais, o credor não fica exonerado da sua contraprestação (apenas podendo descontar na sua contraprestação algum benefício que o devedor tenha recebido)⁴². Ora, estando nós, nesta consulta, perante obrigações pecuniárias em que o credor se recusa a receber pagamentos em numerário e, é quase certo, não efetuou a sua contraprestação (imagine-se, nos exemplos que temos apresentado, o vendedor de bilhetes para um espetáculo que não aceita pagamentos em numerário; pois a consequência será que não venderá o bilhete se o comprador quiser pagar em notas ou moedas), o campo de aplicação desta disposição parece-nos muito reduzido.

e) Para o caso concreto que estamos a analisar (recusa do pagamento em numerário) não são úteis as soluções que o ordenamento jurídico oferece como sanção ou meio de defesa do devedor contra o comportamento do credor, designadamente: o devedor poder, ao abrigo do disposto no artigo 841.º do Código Civil, liberar-se da obrigação através da consignação em depósito⁴³; a aplicação do artigo 816.º do Código Civil que dispõe o seguinte «O credor em mora indemnizará o devedor das maiores despesas que este seja obrigado a fazer com o oferecimento infrutífero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto»⁴⁴ (por certo que é juridicamente relevante a possibilidade de obter uma indemnização pelas maiores despesas que tenha de efetuar, mas não é solução eficaz ao problema que analisamos, nem tão-pouco as maiores despesas com a guarda ou conservação do... dinheiro⁴⁵); ou, por fim, a extinção da dívida por prescrição (artigos 298.º e 300.º e ss. do Código Civil).

credor que, estando em mora, perca total ou parcialmente o seu crédito por impossibilidade superveniente da prestação não fica exonerado da contraprestação; mas, se o devedor tiver algum benefício com a extinção da sua obrigação, deve o valor do benefício ser descontado na contraprestação».

⁴² Desenvolvidamente *vide* MARIA DE LURDES PEREIRA, *op. cit.*, 1082, ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO,

Tratado de Direito Civil, IX Direito das Obrigações, cit., 249.

⁴³ Estamos em face de um meio facultativo, mas que pode ser vantajoso para o devedor de modo a se liberar do vínculo obrigacional. Para mais detalhes *vide*, entre outros, TIAGO AZEVEDO RAMALHO, anotação ao artigo 841.º do Código Civil, in *Código Civil Anotado*, Coordenação de ANA PRATA, *cit.*, 1097-1098; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 1082 e 1097, ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IX Direito das Obrigações, cit.*, 249-250 (admitindo a aplicação analógica do artigo 803.º, n.º 1, do Código Civil, para as obrigações de *facere*).

⁴⁴ Sobre esta disposição, *vide* PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, vol. II, 90; MARIA DE LURDES PEREIRA, *op. cit.*, 1087-1088.

⁴⁵ A teleologia da norma não é a reparação dos danos que o devedor tenha tido com a recusa do credor, mas simplesmente não tornar a prestação mais gravosa para o devedor devido à mora do credor. Pode, todavia, tentar-se um esforço interpretativo de extensão da norma jurídica aos danos que o devedor teve em

encontrar (no nosso caso) uma alternativa ao pagamento em numerário (embora, como dissemos, ainda assim o problema que aqui tratamos não fica resolvido). Obviamente que a solução será diversa, como *supra* dissemos e na nossa opinião, se houver um dever de receber por parte do credor. Neste caso, o devedor tem direito a ser indenizado por todos os prejuízos (patrimoniais e não patrimoniais) que sofreu em virtude da mora do credor.

4. Do direito a ser constituído

Em face do ordenamento jurídico vigente dois problemas se colocam.

O primeiro problema prende-se com a qualificação, em sentido jurídico, de moeda. Até ao momento, o cumprimento das obrigações pecuniárias, como vimos, efetua-se mediante a entrega de notas ou moedas (moeda legal ou pública). A crescente utilização de outros instrumentos de pagamento e, *inclusive*, a imposição do recurso à moeda bancária para efetuar certos pagamentos ou obrigações pecuniárias (que igualmente já analisámos) poderá exigir que o ordenamento jurídico proceda, mais cedo ou mais tarde, à sua qualificação como moeda em sentido jurídico. O mesmo se diga da moeda eletrónica (já não assim quanto à moeda virtual, apesar dos seus inúmeros dilemas).⁴⁶

Ainda que esta alteração jurídica venha a ocorrer – que não é o nosso ponto central desta consulta – o problema que nos ocupa é outro: a recusa do pagamento em numerário. A recusa do pagamento em numerário, além das consequências jurídicas de natureza civil que estudamos no número anterior (e o nosso ordenamento jurídico não é pródigo na consagração da responsabilidade civil punitiva⁴⁷), não tem, no nosso ordenamento jurídico, consagrada uma sanção de natureza penal ou contraordenacional. Atendendo aos valores em presença (do tráfico jurídico-civil e jurídico-mercantil, ou seja, de regras de conduta e de ordenação da sociedade), aos princípios da proporcionalidade ou da necessidade de incriminação (uma consequência da teoria do contrato social)⁴⁸, entendemos que

⁴⁶ Para mais detalhes *vide* FRANCISCO MENDES CORREIA, *op. cit.*, 542. Sobre as moedas virtuais ou criptomoedas *vide* MIGUEL PESTANA VASCONCELOS, *op. cit.*, 36, ss.

⁴⁷ *Vide*, para alguns domínios do direito, ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, «A função punitiva da responsabilidade civil na violação de direitos subjectivos de propriedade intelectual», in *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h c. José Antonio Gómez Segade*, obra coordenada por ANA M.^a TOBÍO RIVAS, Marcial Pons, Madrid, 2013, 865-882; e ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA,

«Responsabilidade Civil pela violação de direitos subjectivos da Propriedade Intelectual – As influências anglo-saxónicas», in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2/2014, 165-187.

⁴⁸ Segundo o princípio da subsidiariedade do direito criminal este apenas deve intervir como a última *ratio* da política criminal, para punir as ofensas inaceitáveis aos valores fundantes da convivência humana, não sendo lícito recorrer ao direito criminal para sancionar infrações sem dignidade penal. O direito das contraordenações deve-se às orientações intervencionistas do Estado em regular a sociedade em diversos domínios (economia, saúde, ambiente, educação, cultura, trabalho, atividades financeiras, bancárias, etc.).

Estamos em face de regras de conduta. A infração a essa regulação (como sejam, por exemplo, práticas restritivas da concorrência, infrações contra a economia e o ambiente, violação dos direitos dos consumidores, etc.) exigiu a construção de um regime punitivo sem alargar a intervenção do direito criminal (evitando-se a degradação ou vulgarização deste). O direito de mera ordenação social visa punir condutas que apesar de censuráveis e socialmente intoleráveis não têm dignidade penal. O direito de mera ordenação social é distinto e autónomo em relação ao direito criminal, sendo, por isso, também distinto o crime da contraordenação (distinguem-se pela natureza dos bens jurídicos protegidos

deveria ser qualificada como contraordenação a recusa no recebimento de moeda pública ou legal para o pagamento de obrigações pecuniárias. Acresce que tal qualificação estaria em concordância com as escolhas que o legislador efetuou, designadamente, no domínio dos regimes jurídicos dos serviços de pagamento e da moeda eletrónica, da emissão, cunhagem e colocação em circulação e comercialização de moeda metálica, e da proteção do consumidor (também a tutela do consumidor está presente no problema que aqui abordamos).

Atendendo ao princípio do curso legal e a sua relevância para as relações jurídicas, designadamente civis e mercantis, a contraordenação deveria ser qualificada como grave.

Diga-se que a adoção da moeda única e a consequente transferência de competência de alguns Estados-Membros para a União Europeia⁴⁹ não tocou as competências nacionais no domínio da qualificação de uma infração como penal ou contraordenacional. Esta é, ainda, uma reserva de competência dos Estados-Membros. Entre nós, o regime geral dos atos ilícitos de mera ordenação social é da competência da Assembleia da República (reserva relativa de competência legislativa), nos termos do disposto no artigo 165.º, n.º 1, alínea d) da Constituição da República Portuguesa [«É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: (...) d) Regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo; (...)»]. Todavia, não propomos aqui um regime geral de punição, mas apenas a punição de um ato que vai obedecer ao Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, constante do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, na sua versão atual, em especial após a publicação do Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro, que aprova o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas.⁵⁰ Ou seja, e nos termos do disposto no artigo 80.º

e pela diferente repercussão ética). *Vide*, entre outros, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de janeiro de 2011, relatora ISABEL PAIS MARTINS (processo n.º 401/07.3TBSR-A.C1-A.S1), o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 6/2018, de 26 de setembro de 2018, relatora HELENA ISABEL GONÇALVES MONIZ FALCÃO DE OLIVEIRA (processo n.º 215/15.7T8ACB.C1-A. S1), o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2015, de 9 de Setembro de 2015, relator RAUL EDUARDO DO VALE RAPOSO BORGES (processo n.º 990/10.5T2OBR.C3 -A.S1), e o Parecer da Procuradoria Geral da República de 10 de julho de 2013, parecer 11/2013, relatora ALEXANDRA LUDOMILA RIBEIRO FERNANDES LEITÃO (processo n.º PGRP00003254).

⁴⁹ Para mais detalhe, *vide* ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, *op. cit.*, 256, ss.

⁵⁰ Como nos dizem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*,

2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2.º vol., 1985, 197, ss., nesta alínea d) do n.º 1 do artigo 168.º (era, à data da obra, este o número da disposição, mas o conteúdo da alínea é exatamente o mesmo na redação atual) da Constituição da República Portuguesa temos um nível de reserva de competência da Assembleia

da República «menos exigente, em que a reserva da AR se limita ao *regime geral* (...), ou seja, em que compete à AR definir o regime *comum* ou *normal* da matéria, sem prejuízo, todavia, de regimes *especiais* que podem ser definidos pelo Governo (...)». Estes regimes especiais terão de «respeitar os princípios gerais do regime geral». Especificamente sobre o direito de mera ordenação social dizem os autores «Cabe assim à AR definir a natureza do ilícito e os tipos de sanções, bem como os seus limites, além das regras gerais do respetivo processo, mas não a definição de cada infração concreta e a cominação da respetiva pena».

(Tipificação de contraordenações económicas em regimes futuros) deste último diploma, «Após a entrada em vigor do presente regime, sempre que um ato normativo tipifique determinado facto como contraordenação económica deve proceder à respetiva classificação como leve, grave ou muito grave, considerada a relevância dos bens jurídicos tutelados, e determinar a aplicação subsidiária do presente regime». Para alcançar este desiderato o Governo tem competência legislativa nos termos do artigo 198.º, n.º 1, alínea a), da Constituição da República Portuguesa [«Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas:

a) Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República (...)»].

Em face do exposto, entendemos que através de Decreto-Lei do Governo deverá ser consagrado que, sem prejuízo das restrições legais, a recusa, como meio de pagamento, de notas e moedas de euro constitui contraordenação económica grave, punível nos termos do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas.

Tomamos a liberdade de apresentar a seguinte proposta de disposição legal:

«1 — Sem prejuízo das restrições legais, a recusa, como meio de pagamento, de notas e moedas em euros constitui contraordenação económica grave, punível nos termos do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (RJCE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro.

2 — A tentativa e a negligência são puníveis nos termos do RGCE.

3 — Compete à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) a fiscalização do cumprimento do disposto na presente disposição e a instrução dos respetivos processos de contraordenação.

4 — Compete ao inspetor-geral da ASAE a aplicação da coima e das sanções acessórias.

5 — É subsidiariamente aplicável o RJCE.»⁵¹

⁵¹ Independentemente de outras opções de política legislativa (*id est*, decretos-leis vigentes em que tal norma seria inserida por processo de alteração), entendemos que estaríamos em face de um novo Decreto-Lei que viria executar os Regulamentos europeus que introduziram o euro como moeda dos Estados-Membros participantes, definindo o quadro sancionatório aplicável à recusa, como meio de pagamento, de notas e moedas em euros, e a autoridade competente para a fiscalização do disposto neste diploma, bem como a autoridade competente para instruir os processos de contraordenação, aplicar coimas e sanções acessórias nos termos do RJCE. Por fim, entendemos que deverá ser a ASAE a autoridade competente, não

apenas em virtude da sua natureza, atribuições e competências, mas igualmente porque a recusa, como meio de pagamento, de notas e moedas em euros, se aproxima do regime jurídico das práticas comerciais desleais nas relações com os consumidores (embora não se esgote neste tipo de relações jurídicas).

III – Conclusões:

1.^a – O pagamento em notas e moedas (moeda legal ou pública) é o princípio-regra do ordenamento jurídico (sem prejuízo das exceções e limitações legais, bem como do princípio da liberdade contratual).

2.^a – No respeito pela liberdade contratual, e sem prejuízo das exceções e limitações legais, o cumprimento das obrigações pecuniárias pode efetuar-se através de múltiplos meios de pagamento (que se encontram vulgarizados), sendo certo que o regime-regra legal continua a ser o do pagamento mediante a entrega (em quantidade correspondente à soma devida) de moeda legal ou pública, pois só este meio de pagamento libera o devedor (salvo acordo do credor quanto a outros meios de pagamento ou disposição legal em sentido diverso).

3.^a – O credor pode recusar o pagamento através de meios que não sejam dinheiro (moeda legal ou pública), por exemplo de cartões (de débito, de crédito ou pré-pagos) ou outras formas desmaterializadas de pagamento, desde que informe (de forma clara, objetiva e adequada) o consumidor.

4.^a – Apesar de a regra ser a de que o devedor só cumpre a sua obrigação pecuniária se entregar ao credor (em quantidade correspondente à soma devida) moeda legal ou pública, existem diversas restrições legais à utilização deste meio de pagamento (em numerário), em especial o consagrado na Lei n.º 92/2017, de 22 de agosto, que se insere num conjunto de medidas para, em particular, combater o branqueamento de capitais, a fraude fiscal e o financiamento do terrorismo.

5.^a – Pode ser recusado pelo credor o cumprimento da obrigação pecuniária por parte do devedor através de moeda legal ou pública (sendo certo que não existe acordo em sentido diverso nem está em causa a infração a disposições legais que proíbem, em certos casos, pagamentos em numerário) quando exista violação do princípio da proporcionalidade (incluindo a sua expressão no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 246/2007, de 26 de junho).

6.^a – Em face de uma obrigação pecuniária, o curso legal de notas e moedas de euros implica, necessariamente, a sua aceitação obrigatória pelo credor como meio de pagamento ou cumprimento da obrigação (em quantidade correspondente à soma devida).

Implica, igualmente, a aceitação do valor nominal total (o valor monetário das notas e moedas de euro é igual ao montante inscrito em tais notas e

moedas). Estamos, assim, perante um meio através do qual o devedor cumpre as suas obrigações pecuniárias, pagando, e ficando liberado.

7.^a – Na ausência de acordo entre as partes, não existindo disposição legal que estabeleça restrições ou limitações, nem infração ao princípio da proporcionalidade, o credor que recusar o cumprimento da obrigação pecuniária por parte do devedor através de moeda legal ou pública (em quantidade correspondente à soma devida) vai, contratualmente, sofrer as consequências jurídicas consagradas no Código Civil.

8.^a – No regime consagrado nos artigos 813.º a 816.º do Código Civil, importa sublinhar que a recusa do credor em receber numerário pode ser qualificada como injustificada, ilícita e culposa. O princípio do curso legal do euro, legalmente consagrado, e a tutela dos interesses gerais do tráfico jurídico civil e mercantil (interesses de certeza e segurança jurídicas e de tutela da confiança), subjacentes àquele princípio, implicam que a não aceitação pelo credor da moeda legal e pública gera não apenas culpa (o credor está legalmente obrigado a aceitar), mas igualmente ilicitude (pois estamos perante a infração de uma norma jurídica que impõe um dever jurídico). Ou seja, aplica-se o regime da responsabilidade civil (do credor por todos os danos que causar ao devedor pelo seu comportamento de recusa de recebimento do numerário).

9.^a – A recusa do pagamento em numerário, além das consequências jurídicas de natureza civil, não tem, no nosso ordenamento jurídico, consagrada uma sanção de natureza penal ou contraordenacional. Atendendo aos valores em presença (do tráfico jurídico-civil e jurídico-mercantil, ou seja, de regras de conduta e de ordenação da sociedade), aos princípios da proporcionalidade ou da necessidade de incriminação, entendemos que deveria ser qualificada como contraordenação a recusa no recebimento de moeda pública ou legal para o pagamento de obrigações pecuniárias. A contraordenação deveria ser qualificada como grave face ao princípio do curso legal.

10.^a – Assim, propomos que através de Decreto-Lei do Governo se deve consagrar que, sem prejuízo das restrições legais, a recusa, como meio de pagamento, de notas e moedas em euros constitui contraordenação económica grave, punível nos termos do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas.

Tal é, salvo melhor opinião, o parecer de

Alberto Ribeiro de Almeida

Porto, 2 de setembro de 2023.

PARECER

PARECER

**DA SUBROGAÇÃO DAS PRERROGATIVAS
PROCESSUAIS DOS CONSUMIDORES EM
RELAÇÃO À SEGURADORA EM RAZÃO DE
INDENIZAÇÃO DE SINISTRO**

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL

PARECER

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL (“IBDP”), associação civil sediada no Largo São Francisco, n.º 95, Prédio Anexo, 5.º andar, CEP 01005-010, São Paulo/SP, inscrita no CNPJ sob o n.º 57.746.448/0001-76, em atendimento a ofício encaminhado por Vossa Excelência, vem respeitosamente apresentar manifestação como **AMICUS CURIAE**, nos autos do **RECURSO ESPECIAL Nº 2.092.311 - SP**, afetado à sistemática do julgamento de recursos repetitivos, para a definição de tese relativa ao **TEMA 1282**.

1. A questão jurídica objeto de exame

O presente procedimento de recursos repetitivos tem por objeto a seguinte questão: *“Definir se a seguradora sub-roga-se nas prerrogativas processuais inerentes aos consumidores, em especial na regra de competência prevista no art. 101, I, do CDC, em razão do pagamento de indenização ao segurado em virtude do sinistro”*.

O cerne da questão, portanto, consiste em saber se as “prerrogativas processuais inerentes aos consumidores” (em especial a regra competencial do art. 101, I, do CDC) seriam posições jurídicas personalíssimas, de modo a não se transmitirem pela sub-rogação, ou, se pelo contrário, se submeteriam à norma geral da força translativa, que constitui o efeito principal da transação.

Ainda que o elemento nuclear seja esse, não se pode deixar de notar que vários dos julgados anteriores da E. Corte citados no v. acórdão de afetação tratam de uma questão mais geral, que antecede a específica acima destacada: as posições jurídico-processuais do credor originário são passíveis de transferência por sub-rogação?

O deslinde da questão específica requer o enfrentamento da questão geral, que lhe é prejudicial.¹

¹ A presente manifestação toma por base essencialmente dois ensaios doutrinários sobre o tema elaborados pelo primeiro subscritor da presente peça (TALAMINI, Eduardo. Negócios processuais: sub-rogação da seguradora – primeira parte: convenção de arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 354, p. 227-261, ago. 2024; TALAMINI, Eduardo. Negócios processuais: sub-rogação da seguradora – segunda parte: outros negócios – limites e modulações. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 355, p. 337-358, set. 2024). O IBDP atribui-lhe o encargo de redigir esta manifestação precisamente por ele haver anteriormente se dedicado ao assunto em sede estritamente teórica.

PARECER

2. O instituto da sub-rogação pessoal

A sub-rogação consiste em fenômeno pelo qual se altera total ou parcialmente um dos elementos da relação jurídica, com sua preservação quanto ao resto. A sub-rogação é pessoal quando há a substituição total ou parcial do credor, mantidos os demais elementos. Na sub-rogação real, altera-se no todo ou em parte o objeto da relação obrigacional, que, no mais, permanece a mesma. O tema ora em pauta envolve exclusivamente a sub-rogação pessoal.

A sub-rogação pessoal sempre pressupõe o pagamento ao credor – diretamente por um terceiro (dito então “*solvens*”) ou pelo devedor, mas com recursos fornecidos pelo terceiro especificamente para esse fim. O adimplemento funciona como fato gerador: “tudo advém da ocorrência de um determinado cumprimento”, como diz Menezes Cordeiro.² O terceiro que pagou ou viabilizou o pagamento pelo devedor, dentro de certas condições, assumirá o lugar do credor, na proporção do pagamento feito (e assim, denomina-se o novo credor “sub-rogado”; o credor primitivo é o “sub-rogante”). A relevância do adimplemento, na sub-rogação pessoal, é enfatizada em sistemas jurídicos como o brasileiro, que a trata como “pagamento com sub-rogação” (C. Civil, art. 346 e seguintes), um capítulo dentro do título destinado ao “adimplemento e extinção das obrigações”. Na hipótese, há apenas pagamento, sem extinção.

Mas não é toda hipótese de pagamento pelo terceiro (ou empréstimo destinado ao pagamento) que implica a sub-rogação. Em regra, o pagamento é meramente liberatório, acarretando a simples extinção da relação obrigacional. Há hipóteses específicas de sub-rogação pessoal. A lei prevê casos de sub-rogação de pleno direito (sub-rogação legal) e de sub-rogação derivada de negócio jurídico (sub-rogação convencional).

A sub-rogação convencional pode advir de ato do credor ou do devedor. No primeiro caso, ela se dá quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos (C. Civil, art. 347, I). A essa hipótese vai se aplicar, no que couber, a disciplina da cessão de crédito (C. Civil, art. 348). Na sub-rogação por ato do devedor, o terceiro empresta o dinheiro ao devedor para esse pagar a dívida, com a condição expressa de sub-rogar-

² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010, v. II, t. IV, p. 226. Em termos similares: MENEZES LEITÃO, Luís. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2018, v. II, p. 34.

PARECER

se nos direitos do credor satisfeito (C. Civil, art. 347, II).³ Mesmo na sub-rogação convencional o pagamento é essencial à configuração da hipótese de incidência. Os dois eventos conjugados – manifestação de vontade e pagamento – são imprescindíveis para a configuração da *fattispecie* da sub-rogação. Como escreve Menezes Leitão, “a sub-rogação [convencional] pressupõe sempre dois requisitos”, o cumprimento pelo terceiro e a declaração de vontade – de modo que um é sempre insuficiente sem ou outro: “faltando qualquer destes requisitos, não se verifica a sub-rogação”.⁴

A sub-rogação legal ocorre automaticamente, independentemente de manifestação de vontade. O art. 346 do Código Civil a prevê em favor: (I) do credor que paga a dívida do devedor comum; (II) do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel; (III) do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte. Nesses casos, a própria lei imputa ao pagamento a eficácia sub-rogatória.

Em qualquer das modalidades de sub-rogação, o crédito não se extingue. O credor primitivo apenas o perde.⁵ Ele obtém a satisfação do crédito e “desaparece da relação jurídica”, na proporção da sub-rogação realizada.⁶ A relação creditícia perdura. Nesse sentido, a sub-rogação tem efeito satisfativo para o credor original, mas não efeito liberatório para o devedor.

Então, a sub-rogação é inconfundível com o pagamento puro e simples, extintivo da obrigação (C. Civil, art. 304 e seguintes). Não se trata da constituição de um novo direito, derivado do pagamento de dívida alheia. O sub-rogado não se investe de um direito de regresso em face do devedor. O crédito de que o sub-rogado tem perante o devedor é exatamente o mesmo que já existia.

³ O Código não contemplou expressamente as hipóteses em que: (i) o credor empresta o dinheiro ao devedor para pagamento da dívida e obtém diretamente do credor a manifestação de sub-rogação; (ii) o credor paga diretamente ao credor e obtém do devedor a manifestação de sub-rogação; (iii) o empréstimo não é de dinheiro, mas de outro bem fungível destinado diretamente ao cumprimento da obrigação. Escapa dos limites deste texto saber se as disposições legais sobre sub-rogação convencional poderiam ser interpretadas mais largamente, privilegiando-se a autonomia da vontade, para abranger essas hipóteses, ou se a taxatividade legal dos casos de sub-rogação impede essa solução hermenêutica. Na França, a jurisprudência adota a concepção restritiva, ainda que sob a crítica doutrinária (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MEZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, t. 2, v. 1, p. 945).

⁴ MENEZES LEITÃO, Luís. *Op. cit.*, p. 36-37.

⁵ ANTUNES VARELA, João. *Das obrigações em geral*. 7. ed. (4. reimp.). Coimbra: Almedina, 2009, v. 2, p. 357. No mesmo sentido: MENEZES CORDEIRO, António. *Op. cit.*, p. 232-233; MENEZES LEITÃO, Luís. *Op. cit.*, p. 47.

⁶ STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. *Obligations: régime general*. 5. ed. Paris: Litec, 1997, p. 41 e 45.

PARECER

Pela mesma razão, a sub-rogação pessoal não se identifica com a novação (C. Civil, art. 360 e seguintes). Não há uma nova dívida, como nas hipóteses de novação dos incisos I e III do art. 360, nem a mudança do devedor, como na hipótese do inciso II do mesmo artigo. O crédito e o devedor permanecem os mesmos.

De resto, a sub-rogação também não se confunde com a cessão de crédito. Ambos os fenômenos implicam transferência do crédito, mas há diferenças. Na sub-rogação legal e na sub-rogação voluntária por ato do devedor, isso é tanto mais evidente, pois não há ato negocial do credor, indispensável à caracterização da cessão de crédito. A aproximação entre as duas figuras se dá apenas na hipótese de sub-rogação convencional por ato do credor. A lei inclusive determina a aplicação subsidiária das normas da cessão de crédito a essa modalidade de sub-rogação convencional (C. Civil, art. 348).⁷

A identidade própria da sub-rogação pessoal é relevante para as questões aqui postas – e o tema será retomado em tópicos seguintes.

3. A sub-rogação do segurador

Na linha do que já previam determinadas leis especiais⁸ e estava reconhecido jurisprudencialmente (STF, Súmula 188), o Código Civil de 2002 consagrou em termos expressos a sub-rogação na generalidade dos seguros de dano. Conforme o *caput* do art. 786: “Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.”

Por conta de sua origem específica, não perfeitamente enquadrável nas regras gerais do instituto, a sub-rogação pelo segurador reveste-se de peculiaridades, relativas:

⁷ Mas mesmo aí há significativas diferenças: (i) a cessão tem caráter especulativo: o cessionário pode adquirir o crédito por menos do que ele vale, e ainda assim terá o direito de exigí-lo integralmente do devedor, ao passo que o sub-rogado apenas assume o crédito na proporção exata do pagamento feito ao sub-rogante; (ii) diferentemente da cessão, a sub-rogação é inaplicável às obrigações personalíssimas, pois pressupõe que terceiro cumpra a prestação no lugar do devedor; (iii) a sub-rogação não se reveste de especiais formalidades para ser eficaz perante terceiros, ao contrário da cessão (C. Civil, art. 288); (iv) o sub-rogante não garante ao sub-rogado a procedência e exigibilidade do crédito, diferentemente do que ocorre na cessão (C. Civil, art. 295). Quando se constata a inexistência ou inexigibilidade da dívida por motivo anterior à sub-rogação, o sub-rogado, em certos limites, até pode demandar a repetição do que pagou ao sub-rogante. Mas tal pretensão se ampara na vedação ao enriquecimento sem causa, e não em uma garantia advinda da sub-rogação; (v) quando a sub-rogação é parcial, a parte do crédito que remanesceu com o credor original tem preferência sobre a parcela assumida pelo sub-rogado (C. Civil, art. 351), enquanto na cessão parcial de crédito cedente e cessionário mantêm-se em igualdade de condições.

⁸ Art. 728 do Código Comercial, para o seguro marítimo; art. 8º da Lei 6.194/1974, para o seguro obrigatório de veículos.

PARECER

(i) ao momento do exame do regime do crédito. Normalmente, quem paga dívida alheia visando a sub-rogar-se no crédito, avalia os riscos e vantagens dessa sub-rogação no momento que imediatamente antecede o pagamento. Na hipótese do seguro, essa avaliação é feita antes, no momento em que ele é contratado. Depois, cabe à seguradora apenas cumprir o contrato, aproveitando-se da sub-rogação, se for o caso;

(ii) ao risco do segurador. Diferentemente da cessão de crédito (C. Civil, art. 295), o credor original não responde ao sub-rogado pela existência do crédito no momento da sub-rogação. Mas, na sub-rogação em geral, o sub-rogado tem pretensão ressarcitória perante o sub-rogante, fundada na vedação ao enriquecimento sem causa, se for constatado que o crédito não existia no momento da sub-rogação. O segurador não pode se voltar contra o segurado, na hipótese de declaração jurisdicional de inexistência ou inexigibilidade do suposto crédito sub-rogado. Se o seguro é pago e a seguradora tem sua ação contra o suposto causador do dano julgada improcedente, ela não tem nenhuma pretensão contra o segurado. Trata-se de risco inerente ao contrato de seguro;

(iii) aos limites à sub-rogação. (iii.i) Há limites subjetivos: a sub-rogação não ocorre, se o dano foi causado por conduta não-dolosa do cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins (C. Civil, art. 786, § 1º). (iii.ii) E há limite objetivo. Normalmente, o sub-rogado poderá cobrar do devedor todo o valor que pagou ao credor primitivo. Mas no caso de seguro, eventualmente há disparidade entre o valor pago ao segurado e o valor exigível do causador do dano, por força de limitação à indenização, contratualmente estabelecida entre esse e o segurado (cláusula limitativa de indenização, cláusula excludente de lucros cessantes etc.). A rigor, isso é pura consequência da eficácia translativa da sub-rogação: o credor original não transfere mais do que tem.⁹ A peculiaridade não está nesse ponto, mas na circunstância, já destacada, de que o segurador não paga ao segurado a dívida do causador do dano, e sim dívida própria. Então, o segurador não paga o valor devido pelo causador do dano, mas o que o contrato de seguro lhe impõe pagar.

4. O efeito principal da sub-rogação e seu limite

⁹ Ver por todos SPERANDIO, Felipe. Transmissão de cláusula compromissória à seguradora por força de sub-rogação legal. Arbitragem, direito securitário e consentimento no direito brasileiro. *Vinte anos da Lei de Arbitragem* [org. C. A. Carmona, Pedro B. Martins e Selma Lemes] São Paulo: Atlas, 2017, p. 805-808.

PARECER

A sub-rogação pessoal reveste-se de efeito translativo. Ela implica a transferência de todas as posições jurídicas relativas ao crédito sub-rogado. Nos termos do art. 349 do Código Civil: “A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores”. É também o que diz o art. 786, tratando especificamente da sub-rogação do segurador, ainda que em termos mais simples (“direitos e ações”).

Essa eficácia está presente seja na sub-rogação legal, seja na convencional.¹⁰ Como diz Caio Mário da Silva Pereira:

“Qualquer que seja a sub-rogação – legal ou convencional – adquire o sub-rogado o próprio crédito do sub-rogante, tal qual é. Opera, assim, a substituição do credor pelo sub-rogatório, que recebe o crédito com todos os seus acessórios, mas seguido também dos seus inconvenientes, e das suas falhas e defeitos. Suporta o sub-rogado, evidentemente, todas as exceções que o sub-rogante teria de enfrentar. Não tem direito a outros juros, senão os que venciam a dívida solvida, e está sujeito à mesma prescrição do crédito primitivo”.¹¹

Enfim, o sub-rogado “reçoit la créance avec ses qualités et ses vices”.¹²

Nisso reside diferença essencial da sub-rogação diante do direito de regresso, que é um direito nascido *ex novo* na titularidade daquele que cumpriu a obrigação anterior. Salvo disposição em contrário, no direito de regresso não se transmitem as garantias e acessórios da dívida extinta.¹³

Na sub-rogação, só não se transferem as prerrogativas de cunho verdadeiramente pessoal, “inseparáveis da pessoa do primitivo credor”,¹⁴ condições “inerentes e peculiares” ao credor original.¹⁵ E mesmo essa limitação recebe tratamento restritivo, prevalecendo a norma

¹⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, v. 2, p. 210; GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 141; STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent, *Op. cit.*, p. 41; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MEZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Op. cit.*, p. 954.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. 2, p. 232.

¹² STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent, *Op. cit.*, p. 41. Nos mesmos termos, Menezes Cordeiro: “o sub-rogado vai receber o crédito que assistia ao credor inicial, com todas as suas qualidades e defeitos” (MENEZES CORDEIRO, António. *Op. cit.*, p. 230).

¹³ ANTUNES VARELA, João. *Op. cit.*, p. 346-347 (ver também p. 355-356); MENEZES LEITÃO, Luís. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁴ ANTUNES VARELA, João. *Op. cit.*, p. 349.

¹⁵ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, v. XIII, p. 104.

PARECER

geral do efeito translativo: apenas não se transferem, com a sub-rogação do crédito, as prerrogativas essencialmente indissociáveis da pessoa do credor primitivo.¹⁶

As obras clássicas de civilistas brasileiros não descem a detalhes interpretativos da expressão “direitos, ações, privilégios e garantias”, a que se refere o art. 349. De todo modo, não o fazem porque atribuem à expressão o alcance mais amplo possível, destinado a abranger todas as posições jurídicas materiais e processuais extraíveis do crédito sub-rogado. Como escreve Carvalho Santos, estão ali incluídos “todos os direitos e ações (...), de qualquer natureza que sejam esses direitos”.¹⁷ A sub-rogação não atinge apenas o crédito em si, mas todos os direitos acessórios ou a ele vinculados; as ações (materiais e processuais); os privilégios (que não advêm apenas do direito material) e as garantias (instituto que tem igualmente, quando não precipuamente, dimensão processual). A doutrina reconhece que a sub-rogação atinge as garantias pessoais e reais do crédito, bem como permite ao sub-rogado exercer suas pretensões contra “terceiros possuidores”, que também seriam atingidos antes da sub-rogação,¹⁸ ou, ainda, terceiros responsáveis.¹⁹ Na jurisprudência, já se reconheceu que, se o devedor respondia objetivamente perante o credor originário, irá manter-se sua responsabilidade objetiva perante a seguradora que se sub-rogou no crédito.²⁰ Também já se decidiu que “o prazo prescricional a ser aplicado deve ser o mesmo previsto para o segurado”.²¹ Enfim, todo o regime jurídico do crédito permanece o mesmo.

Na doutrina estrangeira, tratando de disposições similares – e por vezes até, na literalidade, mais tímidas do que as do Código Civil brasileiro – há manifestações mais claras sobre o alcance da eficácia transmissiva da sub-rogação.

Na França, tratando de norma equivalente à do direito brasileiro, Starck, Roland e Boyer, além de se referirem às garantias (hipoteca, penhor e caução), destacam que o sub-rogado terá os mesmos “direitos e ações” que o credor original teria, como a ação pauliana, a

¹⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MEZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Op. cit.*, p. 956.

¹⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Op. cit.*, p. 101.

¹⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Doutrina e prática das obrigações* (atualiz. J. Aguiar Dias). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. 1, p. 561.

¹⁹ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Op. cit.*, p. 102.

²⁰ STJ, 3ª Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.107.242, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 05.05.2009, *DJe* 19.05.2009, v.u.

²¹ STJ, 4ª Turma, Agravo Interno no Recurso Especial 1.672.820, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 30.11.2020, *DJe* 04.12.2020, v.u.; STJ, 3ª Turma, Recurso Especial 1.707.790, Rel. Min. Marco Bellizze, j. 14.12.2021, *DJe* 17.12.2021, v.u.

PARECER

ação resolutória, o benefício de determinada estipulação de juros, de uma cláusula de anatocismo ou de correção monetária. Os mesmos autores ainda apontam que a causa interruptiva de prescrição operada antes da sub-rogação aproveita ao sub-rogado. Citam também jurisprudência que reconhece que a sub-rogação estende-se à *cláusula de eleição de jurisdição estrangeira* anteriormente pactuada pelo sub-rogante.²² Na mesma linha, Mazeaud, Mazeaud, Mazeaud e Chabas, aludem exemplificativamente à ação resolutória, à cláusula de reserva de propriedade, aos mecanismos de garantia e de responsabilidade acessória, às cláusulas de correção monetária e juros, à *eficácia de título executivo* e, se o crédito tem na origem natureza comercial, à competência do tribunal de comércio.²³

Em Portugal, o dispositivo correspondente ao art. 349 do Código Civil brasileiro alude ao crédito com suas “garantias e outros acessórios” (art. 582 c/c art. 594 do Código Civil português). Antunes Varela, comentando a expressão, observa que “garantias” abrange “penhor, hipoteca, consignação de rendimentos, privilégio (não inseparável da pessoa do credor), fiança ou outra providência análoga”, seja prestada pelo devedor, seja por terceiro. Quanto aos acessórios, constata, em caráter exemplificativo, que eles abrangem “taxas de juro, cláusula penal, cláusulas limitativas de responsabilidade etc.”, desde que o direito acessório não seja personalíssimo do primitivo credor.²⁴ Menezes Cordeiro, na mesma linha, menciona, também exemplificativamente, “a estipulação de juros, a cláusula penal e o *compromisso arbitral*”.²⁵

Como se vê, todos esses doutrinadores incluem posições jurídico-processuais entre aquelas abrangidas pela sub-rogação – inclusive a própria convenção arbitral. E nenhum deles sequer se preocupa em dar fundamentação adicional para essa inclusão – o que revela sua naturalidade nesses ordenamentos.

Existiria algum fundamento para, a despeito dos termos amplos da lei brasileira, excluïrem-se da sub-rogação generalizadamente todas as posições processuais vinculadas ao crédito sub-rogado?

É o que se verifica a seguir.

²² STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent, *Op. cit.*, p. 41-42 – original sem destaque.

²³ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MEZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Op. cit.*, p. 955-956 – original sem destaque.

²⁴ ANTUNES VARELA, João. *Op. cit.*, p. 350. Ver também MENEZES LEITÃO, Luís. *Op. cit.*, p. 42.

²⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Op. cit.*, p. 219 – original sem destaque.

PARECER

5. Em regra, a sub-rogabilidade das posições jurídico-processuais

A resposta à questão posta no final do tópico anterior é negativa. Não há fator que justifique a limitação da sub-rogação aos aspectos materiais do crédito.

A exclusão automática de toda e qualquer posição jurídico-processual do efeito translativo da sub-rogação não se coaduna nem com o discurso doutrinário assente nem com a prática do instituto no direito brasileiro.

Dois exemplos demonstram isso.

Se o crédito objeto da sub-rogação está retratado em título executivo extrajudicial, o novo credor poderá valer-se dessa eficácia e promover diretamente execução. A sub-rogação no título executivo, além de pacificamente reconhecida na prática,²⁶ está reiterada no regramento processual civil (art. 778, § 1º, IV, CPC). E essa é uma eficácia *processual*.

Igualmente se transferem ao sub-rogado todas as garantias de que se revestia o crédito. Isso abrange inclusive as garantias reais, como a hipoteca, o penhor e a anticrese.²⁷ Tais modalidades de garantia têm também uma dimensão processual, na medida em que predeterminam o bem que será preferencialmente penhorado.²⁸ Logo, os contratos que instituem essas garantias não são apenas negócios jurídicos materiais; são igualmente negócios processuais.²⁹

Portanto, é incorreta a afirmação de que efeitos processuais jamais seriam transferíveis pela sub-rogação. Não é sequer correto dizer que negócios processuais seriam

²⁶ No direito brasileiro: TJDF, 7ª Turma Cível, Agravo de Instrumento 0704826-90.2022.8.07.0000, Rel. Des. Fabrício Fontoura Bezerra, j. 01.06.2022, v.u.; TJSP, 37ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1002489-78.2014.8.26.0009, Rel. Des. Israel Góes dos Anjos, j. 26.01.2016, v.u.; TJPR, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível 0005028-47.2018.8.16.0017, Rel. Des. Luiz Osório Panza, j. 24.02.2021, decisão monocrática. No direito francês: STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent, *Op. cit.*, p. 42.

²⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Op. cit.*, p. 101. Vejam-se outras referências no item 4, acima.

²⁸ Não se ignora a tradicional disputa sobre a natureza material ou processual da responsabilidade patrimonial (v. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução* [atual. Joaquim Munhoz de Mello]. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 85-86; e recentemente, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 74-75). Todavia, a orientação adotada pelo STF (Recurso Extraordinário 145.933 e Recurso Extraordinário 168.700, entre outros) e o STJ (Súmula 205) na questão do direito intertemporal relativo à impenhorabilidade do imóvel residencial (Lei 8.009/1990) implicou tomada de posição a esse respeito por essas Cortes. A conclusão que se pacificou, no sentido de que valem as regras vigentes no momento da penhora, só se coaduna com a concepção processual de responsabilidade patrimonial (v. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, v. 3, p. 160-161).

²⁹ TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Migalhas*, 21.10.2015, disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/228734/um-processo-para-chamar-de-seu--nota-sobre-os-negocios-juridicos-processuais>, acesso em 22.05.2023; CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 67, 2018, p. 145.

PARECER

generalizadamente insub-rogáveis. Não há um obstáculo intrínseco à sub-rogação das posições jurídico-processuais (direitos, ônus, deveres...) que estão vinculadas ao crédito sub-rogado. Já por isso, esse argumento geral deve ser descartado.

Não se ignora a existência de precedentes no STJ que negaram a sub-rogação da cláusula de eleição de foro vinculada ao crédito sub-rogado, sob o argumento de que as posições jurídico-processuais supostamente não seriam sub-rogáveis. Mas, examinando-se os julgados que negam a sub-rogação da cláusula de eleição de foro, nota-se – com a máxima vênia – que o STJ deu um salto lógico na invocação de precedente sobre o tema. No CC 21.829, a 1ª Seção examinou a seguinte situação: a seguradora pagou o seguro e se sub-rogou na pretensão indenizatória contra o suposto causador do acidente de trânsito; considerando a natureza original dessa pretensão, a seguradora quis aplicar em seu favor a regra do art. 100, par. ún., do CPC de 1973 (equivalente ao art. 53, V, do CPC de 2015), que prevê como também competente para a ação de indenização por acidente de trânsito o foro do domicílio do autor; assim, ela ajuizou a ação no foro da sua sede. O STJ rejeitou essa solução, por reputar que o foro do domicílio do autor, nessa hipótese, é regra de proteção personalíssima da vítima do acidente de trânsito.³⁰ A sub-rogação do benefício do foro não foi afastada por se tratar de regra processual, mas por ele ser *personalíssimo*. Nesse sentido, o CC 21.829 não constituiu precedente contrário à sub-rogação das posições jurídico-processuais. Apenas reafirmou o princípio assente de que posições jurídicas estritamente vinculadas à condição pessoal do credor primitivo não se transferem. Todavia, no REsp 1.038.607, deu-se indevida interpretação ao precedente, no sentido de que ele teria afirmado a insub-rogabilidade de posições processuais. Mas no CC 21.829, não foi dito que toda posição jurídico-processual seria *personalíssima*: o segurador só *não se sub-rogou* na regra de competência porque no caso específico essa tinha caráter *intuitu personae*. Não estava desautorizado ali o princípio geral de que as posições processuais acompanham a sub-rogação do crédito a que foram primitivamente vinculadas.

Nem mesmo a interpretação literal ajuda a tese aqui criticada. Segundo Didier Jr. e Daniela Bomfim, a falta de menção expressa à convenção arbitral ou aos negócios processuais

³⁰ STJ, 1ª Seção, Conflito de Competência 21.829, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 07.04.2000, DJU 15.05.2000, v.u. Idêntica orientação já havia sido adota pelo STJ, 3ª Turma, Recurso Especial 19.767, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 23.11.1993, DJU 07.02.1994, v.u.

PARECER

em geral, nos arts. 349 e 786, seria um indicativo de sua não submissão à sub-rogação.³¹ Mas pode-se devolver o argumento, observando-se, como fazem Francisco Cahali e Viviane Teodoro, que “a legislação civil não faz ressalvas ao estabelecer que o segurador se sub-roga nos direitos e ações que competirem ao segurado, em especial quanto à cláusula arbitral”.³² De resto, cabe considerar o contexto da época em que a regra foi redigida.³³ Não se concebiam negócios processuais como categoria autônoma. Aliás, era até discutível a própria existência de negócios processuais. Avenças como a convenção arbitral e a cláusula de eleição de foro eram vistas como disposições materiais.

Seja como for, a referência a “ações” nos arts. 349 e 786 do Código Civil presta-se inclusive a explicitar que a sub-rogação abrange os aspectos processuais inerentes ao crédito. Como escrevem Francisco Cahali e Viviane Teodoro, “pelo modelo do Código Civil, a sub-rogação se faz tanto em relação ao direito material do sub-rogado, como também quanto à forma de seu exercício (direito de ação) e, assim, fica o substituto vinculado à jurisdição eleita pelas partes originais”.³⁴

Portanto, o princípio geral é o de que *as posições jurídico-processuais vinculadas ao crédito sub-rogado* também se submetem ao efeito translativo da sub-rogação – tanto quanto as posições jurídico materiais.

6. Exclusão da sub-rogação de posições jurídico-processuais que verdadeiramente sejam personalíssimas

Resolvida a questão geral – no sentido de que as posições jurídico-processuais em princípio são sub-rogáveis – resta o exame da questão específica: posições jurídico-processuais que efetivamente retratem uma prerrogativa personalíssima em favor do credor originário são passíveis de sub-rogação?

³¹ DIDIER JR., Fredie; BONFIM, Daniela. A sub-rogação prevista no art. 786 do Código Civil e a convenção de arbitragem celebrada pelo segurado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 24, 2020, n. 6.2.

³² CAHALI, Francisco; TEODORO, Viviane. Transmissão da cláusula arbitral às seguradoras em caso de sub-rogação e a Sentença Estrangeira Contestada 14.930. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1.040, 2022, n. 2, disponível em www.revistadostribunais.com.br, acesso em 14.02.2023.

³³ O atual Código Civil, embora aprovado pelo legislativo em 2002, é fruto de projeto que então já tinha mais de três décadas. De resto, a fórmula usada nas disposições em questão, como em tantas outras, segue, na essência, a redação utilizada no diploma anterior, de 1916.

³⁴ CAHALI, Francisco; TEODORO, Viviane. *Op. cit.*, n.2.

PARECER

Nesse ponto, o tratamento a ser dado às posições jurídico-processuais é idêntico ao atribuível às posições jurídico-materiais: sempre que se estiver diante de posição jurídica personalíssima, que reflita um especial tratamento da ordem jurídica em favor de determinados sujeitos, por conta de condições pessoais e especiais de que eles revestem, não incidirá, nesse ponto específico, a sub-rogação.

Mas cabe repetir: o tratamento quanto ao ponto é restritivo.³⁵ Só não se transferem por sub-rogação as prerrogativas de cunho verdadeiramente pessoal, “inseparáveis da pessoa do primitivo credor”,³⁶ condições “inerentes e peculiares” ao credor original.³⁷

No âmbito protetivo do consumidor, são estabelecidas em seu favor específicas prerrogativas que tomam conta sua condição de hipossuficiência em face do fornecedor. O direito material das relações de consumo é impregnado dessa característica. O direito processual não fica infenso aos influxos do direito material. Desse modo, são estabelecidas em prol do consumidor também específicas garantias, vantagens e prerrogativas processuais, que tomam em conta sua específica condição de parte hipossuficiente na relação de consumo.

É bem verdade que alguns dos mecanismos processuais originalmente concebidos no Código de Consumidor como uma prerrogativa específica do consumidor foram, na evolução do ordenamento, transformados em instrumentos de incidência geral. Por exemplo, a possibilidade de inversão dinâmica do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) generalizou-se em termos que, ainda que não idênticos, são aptos a produzirem semelhante resultado (CPC, art. 373, § 1º). Do mesmo modo, o regime especial de eficácia da tutela das obrigações de fazer e não fazer em prol do consumidor (CDC, art. 84) foi subsequentemente transformado em via geral de tutela (CPC/1973, art. 461, na redação dada pela Lei 8.952/1994; CPC/2015, arts. 497 e seguintes e 536 e 537).

Resta, de todo modo, a regra destacada no próprio enunciado da questão jurídica objeto do presente incidente de recursos especiais repetitivos: o art. 101, I, do CDC, que prevê regra especial de competência do domicílio do consumidor, nas ações por ele propostas. Trata-se de norma que confere especial prerrogativa ao consumidor, ao dispensá-lo de observar os critérios gerais de competência (domicílio ou sede do réu; local do cumprimento da obrigação etc.), em

³⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MEZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Op. cit.*, p. 956.

³⁶ ANTUNES VARELA, João. *Op. cit.*, p. 349.

³⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, v. XIII, p. 104.

PARECER

prol de uma solução que normalmente lhe será mais cômoda e acessível. Tal vantagem só se justifica pela consideração de sua hipossuficiência em face do fornecedor. Trata-se, portanto, de prerrogativa processual de índole personalíssima.

Como tal, essa específica posição jurídico-processual (foro privilegiado do consumidor) não é transferível por sub-rogação à seguradora. Os fundamentos legítimos da especial vantagem atribuída ao consumidor-autor não se estendem à empresa seguradora. Ela não estará em relação de hipossuficiência em relação ao fornecedor.

Mas insista-se no ponto aqui já antes destacado: a ausência de sub-rogação nessa hipótese deriva da natureza personalíssima da prerrogativa em exame – e não de sua pura e simples natureza processual.

Outras prerrogativas processuais de índole semelhante, em prol do consumidor, poderão ser especificamente identificadas e, fundamentadamente, receber o mesmo tratamento. Todavia, não cabe a generalização da negativa da sub-rogação das posições jurídico-processuais vinculadas ao crédito sub-rogado.

7. Conclusão

Em síntese, as posições jurídico-processuais vinculadas ao crédito sub-rogado, em regra, são também sub-rogáveis. Apenas prerrogativas processuais de cunho verdadeiramente personalíssimo, “inerentes e peculiares” ao credor original, não são passíveis de sub-rogação. É esse o caso da prerrogativa extraível do art. 101, I, do CDC – que atribui ao consumidor especial vantagem (possibilidade de ajuizar ação contra o fornecedor no foro de seu próprio domicílio) fundada na presunção absoluta de sua vulnerabilidade. Essa é uma condição personalíssima que não tem como estender-se à empresa seguradora que, ao cobrir o sinistro junto ao consumidor, sub-roga-se na pretensão indenizatória em face do fornecedor. Então, propõe-se como tese: “A seguradora não se sub-roga na prerrogativa processual inerente aos consumidores prevista no art. 101, I, do CDC, por força do caráter personalíssimo de tal previsão”.

Reitere-se: essa conclusão não autoriza a generalizada negativa de sub-rogação das posições jurídico-processuais.

PARECER

Eduardo Talamini*

Diretor de Pesquisa do IBDP

Cassio Scarpinella Bueno**

Presidente do IBDP

Rogéria Fagundes Dotti***

Secretária-Geral do IBDP

*. Livre-docente, Doutor e Mestre pela USP-SP; Professor-associado da UFPR. Direito de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Associado do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Associado da International Association of Procedural Law. Advogado. talamini@justen.com.br.

** Livre-docente, Doutor e Mestre pela PUC-SP. Professor-doutor da graduação e pós-graduação da PUC-SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Vice-Presidente (Região Brasil) e associado do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Associado da International Association of Procedural Law. Advogado. scarpinella@pucsp.br.

***. Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela UFPR. Secretária-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Associada do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Presidente da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/PR. Advogada. rogeria@dotti.adv.br.

JURISPRUDÊNCIA
EUROPEIA
DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Relatora: **Paula Leal de Carvalho**

JURISPRUDÊNCIA

EXCERTOS

DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (19.09.2024)

“I. A violação culposa, pelo prestador dos cuidados de saúde, dos deveres de informação e de obtenção do consentimento informado por parte do paciente relativamente a ato médico (no caso, intervenções cirúrgicas) é suscetível de o fazer incorrer em responsabilidade civil, sendo responsável pela reparação dos danos decorrentes de tais atos, em relação aos quais se verificou a violação dos mencionados deveres.”

“II. É ao prestador dos cuidados de saúde que compete o ónus da prova (enquanto exceção perentória impeditiva do direito do autor, ut cfr. art. 342.º, n.º 2 do CC) do cumprimento do dever de informação e da existência do consentimento informado do paciente acerca dos riscos do ato médico.”

“III. É adequada a indemnização pelo dano biológico (sem ponderação, no caso, do dano patrimonial decorrente da perda da capacidade para o trabalho) no valor de €85.000,00, fixado pelo Tribunal da Relação, por virtude das lesões sofridas pelo autor em consequência do referido em I, tendo em conta que: o autor, que tinha 64 anos de idade à data dos factos, em consequência das cirurgias efetuadas, ficou a padecer de lesão neurológica irreversível, com deservação ativa nos territórios de L4-L5 e L5-S1, que determinaram alterações da mobilidade e sensibilidade dos membros inferiores, região do períneo e região nadequeira (zona perineal, peniana e anal); devido a essa condição, apenas consegue locomover-se com auxílio de canadianas, em deslocações pequenas, carecendo de cadeira de rodas e apoio na generalidade das deslocações; ficou totalmente impossibilitado de trabalhar na organização e gestão diária da sua empresa familiar ou em qualquer trabalho equivalente; não faz a sua higiene pessoal, necessitando de ajuda para as tarefas em causa; perdeu toda a capacidade sexual; não controla a sua função urinária ou excretora, carecendo do uso de fralda e de tomar medicamentos; e cuja integridade estética foi afetada num valor quantificável em 4, numa escala de 1 a 7;”

“IV. É adequada a indemnização, de €50.000,00, devida ao autor a título de danos não patrimoniais tendo em conta que: no espaço de cinco dias, foi submetido a três intervenções cirúrgicas; que experimentou dores, perda de sensibilidade dos membros inferiores, coxas,

JURISPRUDÊNCIA

nádegas e região perineal, incomodidades e depressão no pós-operatório; esteve internado cerca de um mês e meio, sendo alguns dias no serviço de cuidados intensivos, e que nesse período necessitou sempre de ajuda para se sentar, levantar, posicionar-se no leito e fazer a transição para a cadeira de rodas; fez fisioterapia durante o internamento; aquando da alta, necessitava de ajuda para as atividades de vida diárias, sendo, apenas, autónomo para a alimentação, que usava algália, tinha incontinência de esfíncter anal, incapacidade de executar posição ortostática, ausência de capacidade de flexão e extensão dos dedos de ambos os pés e ambos os tornozelos e hipostesia na região perineal, nadequeira e ambos os pés; após a alta fez reabilitação física, sem capacidade para se locomover sem apoio de muletas, para reter a urina, para controlar a dejeção e para manter relações sexuais; ao longo de todo o internamento, e até aos dias de hoje, padece de dores, que foram intensas e prolongadas no período de internamento, sendo quantificáveis em grau 6 numa escala de 1 a 7, e que, após tal período, são permanente consequência da sua condição física, sente grande desgosto e frustração, tendo sofrido uma depressão, que ultrapassou, mas que se tornou uma pessoa mais taciturna e triste e socialmente isolada.”

“V. É adequada a indemnização a título de danos não patrimoniais de €30.000,00 devida à autora, enquanto cônjuge do autor, atendendo não apenas ao nível da frustração do débito conjugal e do prejuízo causado ao pleno desenvolvimento da personalidade, no domínio da atividade sexual, mas, igualmente, ao nível da substancial deterioração da sua qualidade de vida, traduzida na assunção de um papel de exclusiva cuidadora do marido.”

JURISPRUDÊNCIA
EUROPEIA

DA SUBSEGURO – CONTRATO – SEGURO
DE VIDA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Relatora: **MARIA CLARA SOTTOMAYOR**

JURISPRUDÊNCIA

EXCERTOS

DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (15.05.2024)

“I – Tem natureza imperativa a norma do artigo 26.º, n.º 4, al. a), do RJCS, que consagra a solução do sub-seguro para os casos em que a omissão do segurado foi negligente e em que a seguradora teria, de qualquer modo, celebrado o contrato de seguro, mas exigindo um prémio mais gravoso.””

“II – Tendo ficado provado, no facto n.º 35, que, caso a 1.ª ré tivesse conhecimento da situação de doenças pré-existentes, teria muito provavelmente agravado o prémio pelo risco morte, padece de nulidade, por violação de norma imperativa (artigos 280.º, n.º1, do Código Civil, e 13.º, n.º 1, do RJCS), a cláusula 6.ª do contrato de seguro, segundo a qual fica excluída do âmbito da cobertura do risco a doença pré-existente não comunicada ao segurador, sem distinção entre dolo e negligência como faz a lei.”

“III – Para apreciar a validade da citada cláusula 6.ª há que atender à circunstância de estarmos perante um contrato de seguro obrigatório para os cidadãos que pedem empréstimo para aquisição de habitação - um bem essencial - surgindo tal contrato como um requisito que condiciona a possibilidade de acesso ao crédito.”

“IV – Os segurados são consumidores e encontram-se perante a seguradora e o tomador do seguro, o Banco, numa situação de assimetria informativa e de inferioridade no que diz respeito ao poder negocial, que, de todo, não têm.”

“V – Deve entender-se ser aplicável ao contrato de seguro, para além do seu regime jurídico próprio, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (DL n.º 446/85, de 25 de outubro), encontrando-se a seguradora vinculada aos deveres de comunicação e de informação consagrados em tal regime.”

JURISPRUDÊNCIA
EUROPEIA

CONTRATO DE SEGURO – CONTRATO DE
ADESÃO – DEVER DE INFORMAÇÃO

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Relatora: **MARIA DA GRAÇA TRIGO**

EXCERTOS

DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (15.05.2024)

“I. Mediante a apresentação do texto da declaração dos autos a ser subscrito pela aderente, a seguradora questionou a autora a respeito do seu estado de saúde em termos que permitiam a um declaratório normal, colocado na posição do declaratório real (art.º 236.º, n.º 1, do CC), considerar que os dados relevantes acerca do estado de saúde da aderente se reportavam apenas àquilo que, nos últimos seis meses, pudesse ter afectado, e/ou continuar a afectar, a sua capacidade de trabalho, não lhe sendo exigível que equacionasse a possibilidade de haver outros dados relevantes a comunicar a respeito da sua história clínica; pelo que improcede a invocação da anulabilidade do contrato de seguro à luz do art.º 429.º do Cód. Com.”

“II. Na resolução da questão de saber se a ré seguradora estava adstrita à obrigação de comunicar à autora, enquanto aderente a um seguro de grupo contributivo, as cláusulas de exclusão da cobertura do seguro, assim como de saber, se, entendendo-se ser o tomador do seguro o obrigado a comunicar tais cláusulas contratuais à autora, se deve, porém, considerar que o incumprimento dessa obrigação pelo dito tomador do seguro é oponível à ré seguradora, constatou-se que a jurisprudência nacional tem resolvido de forma divergente as dificuldades de conjugação do regime do art. 4.º do DL n.º 176/95, de 26.07, relativo aos seguros de grupo, com o regime dos art.ºs. 5.º e 8.º, al. a), do DL n.º 446/85, de 25.10, respeitante às CCG:

a) De acordo com uma das orientações adoptadas, o regime do DL n.º 176/95, relativo aos seguros de grupo, é um regime especial que afasta a aplicação do regime das CCG; consequentemente, deverá entender-se que, não estando a seguradora legalmente adstrita aos deveres de comunicação e de informação das cláusulas do contrato de seguro de grupo, o incumprimento de tais deveres não lhe é oponível pelo segurado;

b) De acordo com outra orientação, o regime do DL n.º 176/95 não afasta a aplicação do regime das CCG, devendo entender-se seja que a seguradora se encontra vinculada aos deveres de comunicação e de informação das cláusulas consagrados em tal regime, seja, em alternativa, que o incumprimento desses deveres pelo tomador do seguro é oponível à seguradora.”

JURISPRUDÊNCIA

“III. Suscitaram-se dúvidas acerca da compatibilidade da primeira orientação jurisprudencial com o efeito útil da Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 05.04.1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, decidindo-se colocar perante o TJUE as seguintes questões prejudiciais:

1ª) O art. 5.º da Directiva 93/13/CEE, ao exigir que «as cláusulas propostas ao consumidor estejam (...) sempre redigidas de forma clara e compreensível», deve interpretar-se, de acordo com o Considerando 20 da Directiva, no sentido de exigir que o consumidor tenha sempre oportunidade de tomar conhecimento de todas as cláusulas?

2ª) O art.º 4.º, n.º 2, da Directiva 93/13/CEE, ao exigir, como requisito para a exclusão do controlo das cláusulas relativas ao objecto principal do contrato, que «essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível», deve interpretar-se no sentido de exigir que o consumidor tenha sempre oportunidade de tomar conhecimento de tais cláusulas?

3ª) No quadro de uma legislação nacional que autoriza o controlo jurisdicional do carácter abusivo das cláusulas que não tenham sido objecto de negociação individual relativas à definição do objecto principal do contrato: (i) O art. 3.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CEE, interpretado de acordo com a alínea i) da lista indicativa referida no n.º 3 do mesmo artigo, opõe-se a que, num contrato de seguro de grupo contributivo, a seguradora possa opor à pessoa segurada uma cláusula de exclusão ou de limitação do risco segurado que não lhe tenha sido comunicada e que, em consequência, a pessoa segurada não tenha tido oportunidade de conhecer; (ii) ainda que, simultaneamente, a legislação nacional responsabilize o tomador do seguro pela violação do dever de comunicação/informação das cláusulas pelos danos causados à pessoa segurada, responsabilidade essa, porém, que, em regra, não permite colocar a pessoa segurada na situação em que estaria se a cobertura do seguro tivesse funcionado?”

“IV. Por acórdão de 20.04.2023 (processo C-263/22), o TJUE respondeu à primeira e à segunda questões suscitadas em sede de reenvio prejudicial da seguinte forma: «O artigo 4.º, n.º 2, e o artigo 5.º da Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, lidos à luz do vigésimo considerando desta diretiva, devem ser interpretados no sentido de que: um consumidor deve ter sempre a possibilidade de tomar conhecimento, antes da celebração de um contrato, de todas as cláusulas que este contém.». E respondeu à terceira questão prejudicial nos seguintes termos: «O artigo 3.º, n.º 1, e os artigos 4.º a 6.º da Directiva 93/13 devem ser interpretados no sentido de que: quando uma cláusula de um contrato de seguro relativa à exclusão ou à limitação da cobertura do risco segurado, da qual o consumidor em causa não pôde tomar

JURISPRUDÊNCIA

conhecimento antes da celebração desse contrato, é qualificada de abusiva pelo juiz nacional, este tem de afastar a aplicação dessa cláusula a fim de que não produza efeitos vinculativos relativamente a esse consumidor.»”

“V. No caso dos autos, dúvidas não subsistem de que a cláusula contratual que exclui da cobertura do seguro as situações clínicas resultantes da evolução de doenças pré-existentes não foi comunicada à autora aderente aquando da celebração do contrato de seguro, configurando, de acordo com os parâmetros indicados na fundamentação do Acórdão do TJUE, uma situação frontalmente contrária à “exigência da boa fé”, sendo de qualificar como cláusula abusiva.”

“VI. De acordo com a orientação do Acórdão do TJUE, a interpretação do direito nacional em conformidade com a Directiva 93/13/CEE não permite que a existência de regimes de responsabilização do tomador do seguro pelo incumprimento do dever de comunicação/informação das cláusulas possa afectar a inoponibilidade ao aderente consumidor de cláusula contratual qualificada como abusiva.”

“VII. Assim, o direito nacional (art.º 8.º, al. a), do DL n.º 446/85, de 25.10), ao determinar que as cláusulas não comunicadas sejam excluídas do contrato, encontra-se em plena consonância com a Directiva 93/13/CEE.”

“VIII. No caso dos autos, considera-se excluída do contrato de seguro a cláusula de exclusão do risco de doença pré-existente, mantendo-se, no mais, a vigência do mesmo contrato (art.º 9.º, n.º 1, do DL n.º 446/85, de 25.10), devendo, por isso, entender-se que a situação de incapacidade total e permanente da autora se encontra coberta pelo seguro contratado.”

**JURISPRUDÊNCIA
BRASILEIRA**

**PUBLICIDADE DE ALIMENTO À
CRIANÇAS – ABUSIVIDADE – VENDA CASADA**

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça

Relator: **HUMBERTO MARTINS**

JURISPRUDÊNCIA

EXCERTOS

DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (10.03.2016) - RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)

“1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, mutatis mutandis, o disposto na Súmula 284/STF.”

“2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).”

“3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos”. ”

JURISPRUDÊNCIA
BRASILEIRA

DANOS MORAIS – ARQUIVOS DE CRÉDITO
– *CREDIT SCORING*

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça

Relator: **RAUL ARAÚJO**

JURISPRUDÊNCIA

EXCERTOS

DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AGINT NO RECURSO ESPECIAL Nº 2122804 - SP (2024/0037285-5) (12.08.2024)

“1. A jurisprudência desta Corte sedimentada em recurso especial representativo de controvérsia, no Tema 710/STJ, é no sentido de que "o sistema 'credit scoring' é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). II - Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). III - Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. IV - Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. V - O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema 'credit scoring', configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados" (REsp 1.457.199/RS, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe de 17/12/2014).”

“2. O entendimento adotado no acórdão recorrido coincide com a jurisprudência assente desta Corte Superior, circunstância que atrai a incidência da Súmula 83/STJ.”

**JURISPRUDÊNCIA
BRASILEIRA**

**COMODATO – EQUIPAMENTOS DE
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TV E INTERNET
– RESPONSABILIDADE INTEGRAL DO
CONSUMIDOR - ABUSIVIDADE**

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça

Relator: **HUMBERTO MARTINS**

EXCERTOS

**DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO ESPECIAL Nº 1852362 - SP
(2019/0109674-1) (19.08.2024)**

“1. Em contratos de adesão, como os de prestação de serviços de TV por assinatura e internet, mesmo que se reconheça a autonomia da vontade (autodeterminação) do contratante na escolha da prestadora do serviço, o consumidor não tem liberdade de escolher a pessoa jurídica com quem celebrará o contrato de comodato ou locação dos equipamentos necessários para a fruição do serviço.”

“2. Os negócios jurídicos em questão são complexos. No caso, a locação e o comodato (que costumam ser contratos principais no Direito Civil) figuram como contratos acessórios para o Direito Consumerista, já que são uma decorrência obrigatória da contratação principal da prestação de serviços pelo consumidor.”

“3. Nem sempre se pode apontar uma solução civil para uma questão de consumo, do mesmo modo que não se pode aplicar acriticamente o CDC a relações típicas do Direito Civil, sob pena de perda dos referenciais teóricos não somente dessas duas disciplinas como também de outras, quando postas, sem nenhuma contextualização, sob indevido atropelo da autonomia de suas dogmáticas e de seus estatutos epistemológicos.”

“4. A entrega do equipamento ao consumidor é essencial para a prestação do serviço pela operadora (interesse da fornecedora); porém, não interessam ao usuário os aparelhos a serem utilizados pela operadora para a referida prestação do serviço, e sim a efetiva recepção e fruição do sinal de rede/televisivo (interesse do consumidor). Não cabe à parte mais fraca suportar a integral responsabilidade pelos riscos por estar na posse de coisa que serve diretamente aos interesses da prestadora de serviços.”

JURISPRUDÊNCIA

“5. A manutenção das cláusulas de assunção integral do risco constantes de contratos de adesão, redigidos unilateralmente pelo fornecedor, representa prática abusiva e desequilíbrio contratual, pondo o consumidor em desvantagem exagerada.”

“6. Normas de agências reguladoras não podem contrariar a lei, inclusive - e especialmente - aquela que rege o sistema protetivo do consumidor.”