

Organizadoras

Claudia Lima Marques

Andréia Fernandes de Almeida Rangel

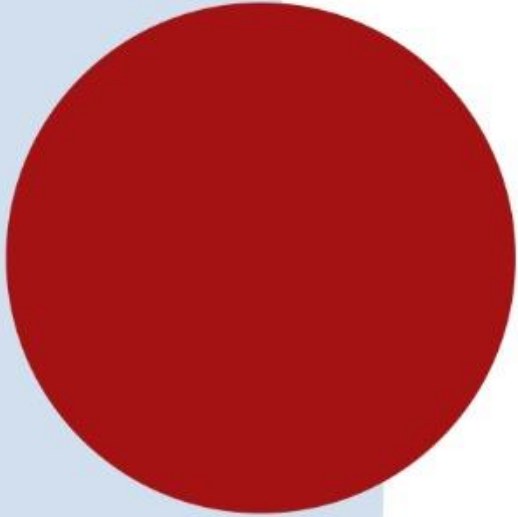
SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: Estudos da I e II Jornada de Pesquisa CDEA

Prefácio

Fernando Rodrigues Martins



Editora Fundação Fênix



Com o escopo de auxiliar na aplicação e interpretação da recente Lei 14.181/2021, as professoras Claudia Lima Marques e Andréia F. de Almeida Rangel idealizaram e organizaram um evento nacional, online, entre a UFRGS e UFRJ que pudesse ajudar na interpretação da mesma, estudando o fenômeno do superendividamento, mas também fenômenos atuais do direito do consumo, como o mundo digital (PL 3514/2015 também de atualização do CDC). Assim, a Faculdade de Direito e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, através do Centro de Estudos Europeus e Alemães (UFRGS-PUCRS-DAAD) e do Observatório do Crédito e Superendividamento UFRGS, em conjunto com a Faculdade Nacional de Direito da UFRJ organizaram duas jornadas nacionais de pesquisa, em Porto Alegre e em São Paulo, nas quais foram aprovados enunciados interpretativos da Lei 14.181/2021.

A presente obra coletiva traz a consolidação das Jornadas de Pesquisa CDEA, as quais proporcionaram à comunidade acadêmica um espaço de reflexão e fomento de produção científica, contribuindo com proposições pertinentes para o enfrentamento dos problemas decorrentes do superendividamento e da proteção do consumidor.

A obra está distribuída em três partes: a primeira referente à I Jornada de Pesquisa CDEA que ocorreu em agosto de 2021; a segunda tem referência à II Jornada de Pesquisa CDEA com realização em novembro também de 2021 e a terceira reúne os enunciados científicos de ambas as Jornadas. Conta ainda, com a republicação da nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor pela Lei 14.181/2021, de autoria das renomadas colegas de Diretoria do Brasilcon, Claudia Lima Marques, Clarissa Costa de Lima e Sophia Martini Vial.



**Superendividamento e proteção do consumidor:
Estudos da I e II Jornada de Pesquisa CDEA**

Prefácio

Fernando Rodrigues Martins

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto -PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero - UFRGS

Denise Pires Fincato - PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza - PUCRS

Eugênio Facchini Neto - PUCRS

Fabio Siebeneichler de Andrade - PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet - PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna - PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho - PUCRS

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Laura Schertel Mendes

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luis Alberto Reichelt – PUCRS

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Patryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP
Thadeu Weber – PUCRS

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porrás Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontificia Universidad Católica del Peru
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

Claudia Lima Marques
Andréia Fernandes de Almeida Rangel
(Organizadoras)

**Superendividamento e proteção do consumidor:
Estudos da I e II Jornada de Pesquisa CDEA**



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2022

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Este livro foi editado com o apoio financeiro do Ministério das Relações Exteriores da República Federal da Alemanha através do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD).



Série Direito – 52

Catálogo na Fonte

S959 Superendividamento e proteção do consumidor [recurso eletrônico] : estudos da I e II Jornada de Pesquisa CDEA / organizadoras Claudia Lima Marques, Andréia Fernandes de Almeida Rangel. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2022.
391 p. : il. (Série Direito ; 52)

Disponível em: <<http://www.fundarfenix.com.br>>

ISBN 978-65-81110-85-7

DOI <https://doi.org/10.36592/9786581110857>

1. Direito do consumidor. 2. Dívidas. 3. Consumo - Economia. I. Marques, Claudia Lima (org.). II. Rangel, Andréia Fernandes de Almeida (org.).

CDD: 340

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

ACADEMIA E DIREITO DO CONSUMIDOR: ENTRE OMISSÃO ESTATAL E RESILIÊNCIA

Fernando Rodrigues Martins 13

APRESENTAÇÃO

Andréia F. de Almeida Rangel; Marcell T. Martins; Igor Medinilla De Castilho..... 25

APRESENTAÇÃO DO CDEA - CENTRO DE ESTUDOS EUROPEUS E ALEMÃES

Claudia Lima Marques 33

1. BREVE NOTA À ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PELA LEI 14.181.2021

Claudia Lima Marques; Clarissa Costa de Lima; Sophia Vial..... 37

ARTIGOS I JORNADA DE PESQUISA CDEA: SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

63

2. LIMITES CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AOS IDOSOS CONTRA O SUPERENDIVIDAMENTO E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ADI 6.727

Isadora Machado Pereira; Fernando José Resende Caetano 65

3. O SALÁRIO MÍNIMO COMO CRITÉRIO PARA ASSEGURAR O MÍNIMO EXISTENCIAL NO TRATAMENTO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

Antônio Carlos Efig; Núbia Daisy Fonesi Pinto 85

4. O REGRAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO NO DIREITO COMPARADO: UM PARALELO ENTRE A NOVA LEI 14.181 DE 2021 E O DIREITO NORTE-AMERICANO E FRANCÊS

Larissa Couto Nogueira..... 103

5. SUPERENDIVIDAMENTO ESTUDANTIL: COMO A REDUÇÃO DO FIES E O AUMENTO DO FINANCIAMENTO PRIVADO PODEM LEVAR AO SUPERENDIVIDAMENTO DO ESTUDANTE BRASILEIRO DO ENSINO SUPERIOR

Andréia F. de Almeida Rangel; Mariana S. Martins; Marina F. Mendes 115

6. VOCÊ ACEITA COOKIES? A ALIMENTAÇÃO DA CULTURA DE CONSUMO EM DISBIOSE COM A LGPD

Rafael da S. Magalhães; Luiz Augusto C. B. de L. M. da Rocha; Andréia F. de Almeida Rangel..... 133

7. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO PELOS DANOS DERIVADOS DOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO- UMA ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO <i>Júlia Zaffari Leal</i>	153
8. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO PROVEITO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL <i>Sibele Valadão Rossales</i>	169
9. A CHAVE PIX COMO FERRAMENTA DE INCLUSÃO E PROTEÇÃO DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS: PERSPECTIVAS ACERCA DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS <i>Claudia R. O. M. S. Loureiro; Daniel Urias P. Feitoza; Pedro Lucchetti Silva</i>	185
10. IMPACTOS DO TELEMARKETING ATIVO NA VIDA DOS CONSUMIDORES A PARTIR DE PESQUISA EMPÍRICA COM 733 USUÁRIOS EM AGOSTO DE 2021 <i>Fabiana P. Peres; Joaquim P. Guerra Filho; Felipe de A. Silva Estima</i>	203
11. EFEITOS DO HIPERCONSUMO AO MEIO ECOLÓGICO: A ECOLOGIZAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR <i>Ana Carolina D. dos Santos; Carolina M. Bahia; Guilherme D. Wodtke</i>	219
ARTIGOS II JORNADA DE PESQUISA CDEA: SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	235
12. ZERO-RATING, ACESSO À INTERNET E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA <i>Andressa de Bittencourt Siqueira</i>	237
13. A ATUAÇÃO REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR NA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA <i>Douglas Roberto Winkel Santin</i>	257
14. PROTEÇÃO À SAÚDE E SEGURANÇA DO CONSUMIDOR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RESP 1.899.304/SP <i>Pedro Aranalde Fabrício; Gabriel Amaral Lopes</i>	273
15.O FORNECEDOR "GATEKEEPER" NA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO <i>Ronaldo Guaranha Merighi</i>	287
16. TENDÊNCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA ANÁLISE DO SUPERENDIVIDAMENTO DE IDOSOS EM RAZÃO DA OFERTA DE CRÉDITO <i>Luciana Budoia Monte; Erickson Gavazza Marques</i>	307

17. RESOLUÇÃO 11/2021 DO MERCOSUL E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ARGENTINO E A LEI BRASILEIRA Nº 14.181/21 <i>Marceli Tomé Martins; Laila Roxina Moliterno Abi Cheble</i>	327
18. O SUPERENDIVIDAMENTO ESTUDANTIL NOS CONTRATOS DE CRÉDITO EDUCATIVO <i>Samantha Ribeiro Meyer- Pflug Marques; Patrícia Pacheco Rodrigues</i>	347
19. PROTEÇÃO DA CRIANÇA CONSUMIDORA: COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA, ASSÉDIO DE CONSUMO E HIPERVULNERABILIDADE DO NÚCLEO FAMILIAR <i>Lúcia Souza d'Aquino; Fernando Costa de Azevedo</i>	371
ENUNCIADOS I JORNADA	385
ENUNCIADOS II JORNADA	389

PREFÁCIO

ACADEMIA E DIREITO DO CONSUMIDOR: ENTRE OMISSÃO ESTATAL E RESILIÊNCIA



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-000>

Fernando Rodrigues Martins

A consolidação e atualização dos direitos dos consumidores em países em desenvolvimento, como na hipótese brasileira, não é tarefa fácil. As constantes variações ideológicas, o giro em busca de 'novas' diretrizes econômicas, o compromisso gestores públicos com setores mercadológicos organizados, entre outras situações, coloca sob ameaça a efetividade dos direitos fundamentais dos consumidores.

Lembre-mos a opção da Constituição Federal, que já conta com quase trinta e cinco anos de vigência e aplicação, foi a de inserir o consumidor como titular de direitos fundamentais e a de afetar, reversamente, o Estado como destinatário de deveres fundamentais de proteção. E, se há, portanto, em face do Estado esse *vínculo fundamental* é necessário o registro que os últimos quatro anos são exemplos gratuitos de seguidos *inadimplementos constitucionais* no que respeita a promoção dos direitos dos consumidores.

No campo legislativo 'nenhuma' legislação favorável aos consumidores foi aprovada. Sobretudo considerando a situação pandêmica desencadeada pela SARS-COVID-19, a percepção gerada foi no sentido de que apenas e exclusivamente o mercado era merecedor de proteção. As legislações dirigidas a benefício das companhias aéreas (Lei 14.034/2020) e aos setores de turismo e cultura (Lei 14.046/20) expressam com fidelidade essa conclusão.

A entrada em vigor da Lei 13.874/19, a chamada lei de '*declaração dos direitos da liberdade econômica*', trouxe retrocessos evidentes à dogmática do direito privado, a pretexto de proteger o 'empreendedorismo'. Modificou severamente institutos já consagrados na experiência brasileira, como a desconsideração da personalidade jurídica (subjativando o modelo). Instituiu critério interpretativo desconexo à ciência jurídica (como na hipótese da *racionalidade econômica*, inserida

no Código Civil, art. 113, § 1º, inc. V). Relativizou a revisão dos contratos tornando-se cúmplice e vassala de desequilíbrios significativos e desequilíbrios econômicos. Mas o pior foi generalizar todos particulares como 'vulneráveis', *igualando empresas a consumidores* (art. 2º, inc. IV). Neste ponto, a lei contrastou a já mencionada opção constitucional.

Há ainda Medida Provisória e Projeto de Lei que tramitam no Congresso Nacional e que seguem nessa mesma linha disruptiva das conquistas de outrora (a proteção econômica e habitacional do consumidor). As propostas de criação de 'título de propriedade imobiliária' e das 'instituições gestoras de garantias', que têm por escopo fomentar o '*home equity*', simplesmente permitirão às instituições financeiras potencializar o oferecimento de crédito no mercado de consumo, utilizando como garantia – mesmo que repetidas vezes – o único imóvel do consumidor. E tudo isso sob uma expectativa jamais cumprida no Brasil: a promessa de 'redução dos juros'.

Os menos avisados poderiam contestar as passagens acima ante a alegação da aprovação do PL 1805/21, anterior PL 3515/15, que redundou na vigência da Lei 14.181/21 introdutória do tema crédito responsável, prevenção e tratamento ao superendividamento. Contudo, calha lembrar que a norma em questão é proposição oriunda do Senado Federal, nos idos de 2010, mediante competente Comissão de Juristas que se ocupou não apenas em inserir dispositivos relativos à patologia do superendividamento, mas em atualizar o Código de Defesa do Consumidor. Dos 'ventos' contemporâneos sobrou apenas vetos parciais (sem justificativas jurídicas e constitucionais plausíveis) sobre proposta tão rica e substancial.

Mas não só a ausência de leis contributivas ao consumidor foi sentida. No âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC o retrocesso foi visto e 'convivido'. Os discursos e pautas deixaram de ser correspectivos às necessidades dos consumidores no país. O sistema, outrora robustecido pelo intenso diálogo entre entidades civis, instituições e consumidores, foi aos poucos sendo desconstruído, modificando-se a substância do protegido: ontem o consumidor, hoje as empresas. Também o eixo de interpretação foi modificado: saímos da vulnerabilidade do consumidor enquanto fundamento para adotarmos o empreendedorismo como resultado.

Algumas passagens merecem registro: i - tentativa de sujeição de consumidores a arbitragem compulsória; ii - redução da defesa dos vulneráveis a 'estatísticas' levantadas em plataforma digital oficial (*consumidor.gov*), diga-se *insuficiente*, no que respeita aos deveres fundamentais de proteção; iii - concentração de poderes na figura do Secretário Nacional do Consumidor (Decreto 10.887/21), enfraquecendo valores fundamentais afinados pelos *princípio democrático* e *princípio federativo*; iv – instituição de regime de avocação de expedientes administrativos por decreto e não por lei, defenestrando o princípio da legalidade.

Essa estranha modificação de rumos da proteção do consumidor é nefasta às políticas públicas estabelecidas pelo ordenamento. Aliás, cinge-se perceber que neste período parte do SNDC foi repaginada em verniz, passarelas e ausência de efetiva proteção. Vale a excepcionalidade de muitos PROCONs que não seguiram essa mesma 'tendência' ou 'moda', mantendo-se firmes na promoção constitucional dos vulneráveis.

A aposta gerencial era de que o excesso de intervencionismo obstruiria o desenvolvimento econômico, ceifaria empresas e aumentaria o índice de inflação. Ora, defesa do consumidor não significa amplo de intervencionismo, senão exigência constitucional de deveres fundamentais de proteção, porque a presença do Estado perante o mercado (CDC, art. 4º, inc. I, c) é justamente para garantir a harmonia nas relações jurídicas.

De outro lado, a proteção do consumidor nunca pressupôs o desmantelamento de empresas ou ausência de desenvolvimento econômico, basta ver que nos países desenvolvidos há clara compatibilidade entre tutela dos consumidores e incentivo ao mercado. Quanto à inflação, percebeu-se, sem maiores dificuldades, que a diretriz adotada (capitaneada pela liberdade econômica) foi implacável. Se a busca era eficiência dos mercados e resultado positivo na redução da carga inflacionária, viu-se que o modelo falhou: preço dos combustíveis disparados, alta nos índices dos componentes da cesta básica, prestação de serviços de energia elétrica, transportes, saúde, enfim, todos com *valores em ascendência*. Um 'resultado' nefasto que nos últimos 12 doze meses rendeu taxa

inflacionária de 11,30%, dando mostras do retorno do '*homem como lobo do próprio homem*' e da exceção da '*verdade*' oficial do Estado.

Se o plano estatal e político desmerece o consumidor e o equilíbrio no mercado, nos resta esperança?

Claro. A resposta está na academia e na fé que nos move. Ao menos o modelo acima teve um bom propósito: uniu os integrantes de universidades, PROCONs, órgãos de proteção num enfrentamento necessário contra esse absenteísmo indolente. É dizer: ainda estamos aqui e vamos continuar promovendo e exigindo a promoção dos vulneráveis!

A obra coletiva que vem ao público representa exatamente a dimensão desta resiliência. Na verdade, uma lição de *paciência* e *coragem*. As Professoras Cláudia Lima Marques e Andréia Fernandes de Almeida Rangel coordenam livro aglutinador de artigos científicos que são fontes dos enunciados das I e II JORNADAS DE PESQUISA CDEA com temas sobre o superendividamento e proteção ao consumidor.

O CDEA é um centro científico de ensino, pesquisa e informação com sedes nas conhecidas universidades do Rio Grande do Sul (PUC-RS e UFRGS), sendo fomentado com subsídios do Ministério das Relações Exteriores da Alemanha. Trata-se de atividade voltada à internacionalização e compartilhamento de conhecimento interdisciplinar.

Com escopo em examinar e perscrutar a globalização, o desenvolvimento sustentável e a diversidade, o CDEA presta enorme contribuição aos países do cone sul, basta verificar a qualidade e quantidade das publicações (gratuitas) disponíveis na respectiva plataforma reunindo pesquisadores sul-americanos e europeus, sem embargo da promoção cursos de pós-graduação *lato* e *stricto sensu* (com intercâmbio e dinâmica de alunos em universidades na Europa), oferta de bolsas a investigadores científicos e realização de encontros e jornadas com eixos temáticos contemporâneos. Um modelo de excelência em educação e ensino superior.

A obra está distribuída em três partes. A primeira parte respeitante à I Jornada de Pesquisa CDEA que ocorreu em agosto de 2021. A segunda tem referência à II Jornada de Pesquisa CDEA com realização em novembro também de 2021. A terceira reúne os enunciados científicos de ambas as Jornadas.

Na primeira parte *Isadora Machado Pereira* e *Fernando José Rezende Caetano* analisam os *limites constitucionais de proteção aos idosos contra o superendividamento*. Em aprofundada demonstração da situação dos idosos superendividados e, via de consequência, a constatação que em grande parte ainda sustentam os núcleos familiares, os autores defendem a constitucionalidade de legislação do Estado do Paraná que veda a contratação de empréstimos consignados via telemarketing.

Os Professores Antônio Carlos Efig e Núbia Daisy Fonesi Pinto em densa pesquisa enfrentam o tema o '*salário-mínimo como critério para assegurar o mínimo existencial no tratamento do consumidor superendividado*'. Após análise preliminar da Lei 14.181/21, assim como o enfoque à conceituação do mínimo existencial, os autores compreendem que o critério de fixação desse *piso dignatário essencial* seria o salário-mínimo, pois toma-se como garantia daquilo que a legalidade constitucional considera como apto à consecução da "*moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*".

Já a graduanda *Larissa Couto Nogueira* em pesquisa comparativa explana sobre a Lei 141.181/21 cotejando-a com os modelos francês e estadunidense. Aponta que a iniciativa brasileira tem influência dos dois modelos, afeiçoando-se ao crédito responsável e a educação financeira como referência à legislação francesa (*Lei Neiertz*), assim como à possibilidade de repactuação como ideia do direito ao recomeço (*fresh start*) do direito derivado dos Estados Unidos da América.

A Professora *Andréia Fernandes de Almeida Rangel* e as graduandas *Mariana Scofano Martins* e *Marina Fikota Mendes* desenvolvem tema bastante peculiar e específico concernente aos alunos de instituições privadas de ensino que recebem apoio financeiro estatal (FIES) ou mesmo parcelamento das próprias mantenedoras atrelando a isso o óbvio risco ao superendividamento. Portanto, a pesquisa eleva-se num patamar setorial importante: o *superendividamento estudantil*. Para tanto, as autoras de forma percuciente explicitam as políticas públicas existentes para alunos do ensino superior privado, adicionando as claras possibilidades de acidentes da vida (desemprego, variações inflacionárias etc.) que agravam a situação econômica dos alunos causando superendividamento, já que hipótese de comprometimento ao mínimo existencial.

Em nova exposição, a *Professora Doutora Andréia Fernandes de Almeida Rangel*, desta feita acompanhada dos acadêmicos Rafael da Silva Magalhães e Luiz Augusto Castello Branco avançam no tema "*Você Aceita Cookies? A Alimentação da Cultura de Consumo em Disbiose com a LGPD*". O eixo central do texto é demonstrar a hiperconectividade dos indivíduos (o tamanho do 'eu') frente aos riscos do mercado na exploração de tecnodados, mediante a utilização de 'cookies'.

Júlia Zaffari Leal, graduanda da UFRGS, explora tema de reconhecida pertinência dogmática à proteção do consumidor "*responsabilidade civil pelo fato do produto pelos danos derivados do risco do desenvolvimento à luz do Código de Defesa do Consumidor*". A autora, fortemente escudada em doutrina reconhecida, menciona a indicação do risco do desenvolvimento como causa de imputação (diferentemente do que dispõe a Diretiva Europeia 85/374/CEE). Assim aponta que o risco do desenvolvimento pode ser compreendido como defeito de concepção, fortuito interno, ruptura das legítimas expectativas. Entretanto, também visita os argumentos que compreendem o risco do desenvolvimento como causa excludente de responsabilidade civil, considerando que a época que o produto fora colocado no mercado o defeito de segurança não existia. Por fim apresenta decisões da Corte Especial (STJ) sobre o tema.

"*A aplicação da teoria do risco proveito pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*", da acadêmica *Sibele Valadão Rossales*, tem por eixo apresentar mapeamento da aplicação desse modal teórico pela Justiça Gaúcha. A autora introduz basicamente conceitos de vulnerabilidade assim como evolui para manifestar que a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor superou a bizantina dicotomia entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual. Em parte derradeira expressa interessante pesquisa demonstrando a percentagem de utilização da teoria do risco proveito, conforme os temas que aportam naquele sodalício, sendo a fraude bancária o conteúdo mais passível de imputação a esse obséquio.

A Professora *Cláudia Loureiro* e os bacharelados *Daniel Urias Pereira Feitoza* e *Pedro Lucchetti Silva* apresentam o artigo "*a chave do pix como ferramenta de inclusão e proteção das relações consumeristas*", cotejando-o à luz das orientações das Nações Unidas referente ao desenvolvimento sustentável. Em interessante

escrito os autores ao indicarem os objetivos relativos ao desenvolvimento sustentável editados na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20) – com destaque à indústria, inovação, infraestrutura e redução das desigualdades – refletem que parcela significativa de vulneráveis é desbancarizada, sendo que o 'pix' muito embora promova a inclusão financeira ainda não atende aos requisitos para redução das desigualdades, nos termos da iniciativa da ONU.

Fabiana Prietos, que é doutoranda, se reuniu com os advogados *Joaquim Pessoa Guerra Filho* e *Felipe Alcântara Silva Estima* na condução de pesquisa empírica sobre os '*impactos do telemarketing ativo na vida dos consumidores*'. O telemarketing ativo configura atividade de interlocução do mercado com o consumidor por meio de tecnologias, especialmente uso de ligação telefônica. O levantamento é bastante significativo na medida em que desnuda clara situação de abuso no Brasil, dos 733 entrevistados, em relação à frequência de ligações, 56,7% recebem chamadas todos os dias, 30,8% entre 3 a 5 vezes por semana, 11,3% entre 1 a 3 vezes por semana e 1,2% recebem apenas uma ligação por semana. Esse estudo é indicador de abuso por parte dos fornecedores.

A doutora *Carolina Medeiros Bahia* e os mestrandos *Ana Carolina Dias dos Santos* e *Guilherme Domingos Wodtke* tratam dos '*efeitos do hiperconsumo ao meio ecológico*' partindo de um pressuposto interpretativo: a ecologização dos direitos do consumidor. Iniciam pela menção ao hiperconsumo, conceituando-o e explicando a transformação da sociedade. Posteriormente, avançam na sociedade de risco, abordando a inerente hipercomplexidade. Na verificação ambiental da passagem do paradigma holoceno para antropoceno refletem, com absoluta razão, quanto aos desdobramentos das atividades humanas lesivas aos diversos ecossistemas, compreendendo a 'ecologização' na perspectiva da lei baseada no ecocentrismo, holismo e justiça intra/intergeracional e interespecies, a partir das seguintes diretrizes: reconhecimento do processo ecológico (que deve ser utilizado para todas as decisões humanas); reconhecimento de demais sujeitos de direito (como natureza, animais, bens fundamentais etc.); e unidade de proteção (evitando-se a fragmentação indevida da tutela ambiental).

A segunda parte da obra desdobra-se a partir dos artigos que subsidiaram os enunciados da II Jornada CDEA.

Iniciemos com *Andressa de Bittencourt Siqueira* apresentando o tema 'Zero-Rating, acesso à internet e proteção ao consumidor na ordem jurídico-constitucional brasileira'. O texto aponta que essa modalidade contratual de acesso à internet é aquela patrocinada, possibilitando continuidade de acesso à rede sem pagamento de tarifas ou com franquia já esgotada. Contudo, ao invés de fazer medidas à inclusão digital, na realidade essa forma de conectividade é daninha aos direitos do consumidor na medida em que não disponibiliza ingresso integral no ambiente digital, senão apenas em redes sociais, nos termos desejado pelo fornecedor de conexão. Ademais a ofensa ao princípio da neutralidade, prevista no marco civil da internet, é verificável. A autora, em esforçada síntese, indica pontos que também devem ser observados frente aos direitos dos consumidores quanto aos contratos 'zero-rating': violação aos direitos à liberdade de escolha (art. 6º, inc. II, CDC); descumprimento do preceito quanto à igualdade nas contratações (art. 6º, inc. II, CDC); e o não atendimento à integralidade da prestação dos serviços públicos (art. 6º, inc. X, CDC). Conclui indicando proposta de texto alternativo no CDC para a proteção do consumidor nestas situações.

A promoção dos pacientes com transtorno do espectro autista é o tema monográfico do mestrando *Douglas Roberto Winkel Santin*. Entretanto, a execução do trabalho tem a especificidade em adequar à atuação da Agência Nacional de Saúde - ANS. O autor aponta de partida a condição subjetiva do paciente autista. Posteriormente, cuida da necessária proteção dos mencionados sujeitos de direito, nos termos da legislação consumerista, com reflexos, inclusive, na órbita administrativa de tutela. Após descrever a influência que a regulação da ANS provoca no Superior Tribunal de Justiça, traça com sensibilidade os abusos cometidos pelas operadoras de saúde em face desses hipervulneráveis.

Os acadêmicos *Pedro Aranalde Fabrício* e *Gabriel Amaral Lopes*, a partir do julgamento derivado do REsp 1.899.304/SP, explanam sobre a proteção à saúde e segurança do consumidor. Em escrito relevante, os autores preambularmente investigam a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor traçando as influências norte-americanas e europeias, bem como a respectiva evolução dogmática proporcionada. À frente narram que o REsp 1.899.304/SP fora afetado para solução de controvérsia da Corte Especial referente à necessidade ou não de

ingestão de alimento com corpo estranho (produto impróprio) para acesso à indenizabilidade em danos morais (*in re ipsa*). Narram que, por maioria, a Corte consolidou entendimento no sentido de que a presença de corpo estranho em alimento acarreta dano moral, sendo irrelevante a sua efetiva ingestão. E entre as causas justificativas da decisão colegiada (*ratio decidendi*) aludem quanto ao direito fundamental à alimentação adequada.

A era contemporânea proporcionou diversos arranjos, inovações digitais e tecnologias. Evidente que o setor da *economia compartilhada* é forte exemplo dessa transformação. Neste sentido, o doutorando *Ronaldo Guaranha Merighi* versa sobre nova modalidade de fornecedor inerente a essa quadra atual: o *gatekeeper*. De partida verifica a relação dos contratos de consumo com a pós-modernidade digital, anotando com cuidado total a necessidade de proteção do consumidor, especialmente a considerar as legítimas expectativas geradas pelo mercado. Evolui para explicação da economia compartilhada (que valham as passagens dos paradigmas *ter – ser – acessar*), entretanto na própria dificuldade gerada por essa intrincada complexidade que pressupõe contratos entre duas pessoas P2P e não diretamente entre pessoa e empresas B2P. Trata-se de setor altamente relevante e em tempo idêntico lotado de incertezas e inseguranças. Em derradeiro desdobramento indica que o guardião do aplicativo (*gatekeeper*) tem a posição jurídica perfeitamente amoldada àquela descrita no art. 3º do CDC, cabendo-lhe as inerentes e eventuais imputações relativas à cadeia de fornecimento.

A Defensora Pública Federal *Luciana Budoia Monte* e o Desembargador do TJSP *Erikson Gavazza Marques* arrazoam o tema "*Tendências do Superior Tribunal de Justiça na Análise do Superendividamento de Idosos em Razão da Oferta do Crédito*". Preambularmente explicitam a situação jurídica dos idosos enquanto pessoas hipervulneráveis, inclusive utilizando a Lei 14.181/21 que descreve normativamente tal condição humana. Mais à frente os autores fazem análise crítica de onze julgados do STJ demonstrando que a propensão do "tribunal da cidadania" está a consolidar a autonomia privada e livre iniciativa do que a promoção do consumidor hipervulnerável. Em passagem final, com maestria, lamentam de forma fundamentada o retrocesso da decisão, também daquele sodalício, no que respeita ao tema 1085 que não estendeu o limite máximo de 30% de consignação em folha de

pagamento para demais contratos de empréstimos bancários, além do crédito consignado.

A graduanda *Marceli Tomé Martins* e a mestranda *Roxina Moliterno Abi Cheble* trazem à luz a Resolução 11/2021 do Mercosul na esfera de proteção ao consumidor hipervulnerável, tecendo considerações sobre os projetos de atualização da legislação de consumo da Argentina, utilizando como modelo a lei brasileira 14.181/21. As acadêmicas iniciam o texto refletindo sobre o bloco supranacional de integração econômica frente a temas como a hipervulnerabilidade e superendividamento, inclusive com base na Resolução 11/2021 que versou sobre a proteção econômica do consumidor. Avançam explicitando que muito embora se compreenda um microssistema na Argentina em relação aos direitos do consumidor – Lei nº 24.240/1993 (*Ley de Defensa del Consumidor*); Lei nº 25.156/1999 (*Ley de Defensa de la Competencia*); e Lei nº 22.802/1983 (*Ley de Lealtad Comercial*) – inúmeras situações geradas pelas inovações da sociedade atual exigem a atualização sistêmica das legislações em vigência, razão pela qual estão em trâmite dois projetos de lei (Projeto 3143-D-2020 e Projeto 5156-D-2020) que buscam adequar o microssistema às situações contemporâneas, inclusive no que respeita ao superendividamento. Após descrevem, com extremado cuidado, o tratamento aos superendividados como proposto nos projetos de lei da Argentina, as ilustradas autoras fazem cotejo com a Lei 14.181/21 que atualizou no Brasil o CDC e disciplinou o crédito responsável, a prevenção e tratamento ao superendividamento.

Samantha Ribeiro Meyer- Pflug Marques, doutora pela PUC-SP, e *Patrícia Pacheco Rodrigues*, doutoranda pela UNINOVE, também adotam como tema o superendividamento estudantil nos contratos de crédito educativo. Partem da clara presunção da vulnerabilidade do consumidor perante a quarta revolução industrial. Posteriormente, explicitando o acesso ao ensino superior privado no Brasil arrematam que a política pública econômica aos estudantes, inclusive mediante a legislação própria (FIES), apresenta sérias distorções a ponto de ferir o mínimo existencial dos estudantes e dos respectivos núcleos familiares. Abordam, não sem razão, a necessária utilização da teoria do diálogo de fontes para solução dos conflitos.

Os Professores *Lúcia Souza d'Aquino* e *Fernando Costa de Azevedo* finalizam os artigos na apresentação do excelente texto *proteção da criança consumidora: comunicação mercadológica, assédio de consumo e hipervulnerabilidade do núcleo familiar*. Trata-se de exposição que verifica as influências das técnicas digitais de comunicação sobre as crianças, enquanto sujeitos reais de direito hipervulneráveis, alterando valores e comportamentos e, de maneira surpreendente, alocando igualmente o núcleo familiar na mesma situação de vulnerabilidade agravada.

A última parte da obra apresenta os enunciados da I e II JORNADAS que representam total esforço acadêmico e científico como ponto de partida para, especialmente, dar efetividade à prevenção e tratamento ao superendividamento, ao princípio da não exclusão social e, sobretudo, ao mínimo existencial. É da academia que sobrevém não só a esperança, mas a confiança de que a legalidade constitucional preme de direitos fundamentais será resgatada como eixo de hermenêutica.

Parabéns às coordenadoras e a todos os envolvidos neste maravilhoso projeto de reinserção da dignidade humana no centro das decisões jurídicas.

Fernando Rodrigues Martins.

Professor Universidade Federal de Uberlândia.

Promotor de Justiça em Minas Gerais.

Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor –

BRASILCON.

APRESENTAÇÃO



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-00>

Andréia Fernandes de Almeida Rangel

Marceli Tomé Martins

Igor Medinilla De Castilho

O consumo é a peça central na sociedade. O ato de consumidor integra tanto a satisfação das necessidades básicas – alimentares, por exemplo –, como a busca pela satisfação pessoal e felicidade na sociedade de consumidores.¹

Assim, para a satisfação pessoal consumerista, ou para as necessidades da vida cotidiana, há um aumento exponencial nos chamados contratos de consumo, ou seja, aquelas relações contratuais ligando consumidor a um fornecedor de produto ou serviço², paralelamente há a chamada “democratização do crédito”³, um crescimento rápido na expansão do crédito. O aumento na aquisição de bens e serviços e o acesso fácil às redes de crédito, em um cenário de incertezas e instabilidade (circunstâncias não previsíveis⁴), acrescidos de uma utilização sem uma consciência econômica, decorrente de uma sólida educação financeira⁵, podem acarretar inadimplemento nas parcelas de crédito, comprometimento da renda mensal e/ou exposição simultânea às diversas modalidades de crédito, como o cheque especial, crédito pessoal sem consignação e crédito rotativo⁶.

¹ “Os encontros dos potenciais consumidores com os objetos de consumo tendem a se tornar as principais unidades na rede peculiar de interações humanas conhecida, de maneira abreviada, como ‘sociedade de consumidores’”. (ZYGUMUNT, Bauman. *Vidas para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008, p. 18-19.)

² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 289.

³ LIMA, Clarissa Costa de. Superendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 102, 2015.

⁴ MARQUES, Maria Manuel et al. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 2.

⁵ A educação financeira também funciona como importante ferramenta para o combate ao consumismo e ao desperdício de recursos (DESTEFANI, Sônia Maria. Educação financeira na infância. *Revista Eventos Pedagógicos*, v. 3, 2016.) A organização financeira facilita o controle, quando realizado de forma assertiva, o que favorece a segurança, a tranquilidade e a independência, e se torna realidade muito próxima a ser vivenciada nos contextos das famílias em cenários de crises econômicas. Ainda sobre o tema: D'AQUINO, cássia; MALDONADO, Maria Tereza. *Educar para consumo: como lidar com os desejos de crianças e adolescentes*. São Paulo: Papyrus 7 Mares, 2012.

⁶ As consequências aqui elencadas correspondem aos indicadores de endividamento de risco no Brasil, estudo sobre educação, proteção e inclusão do Banco Central do Brasil. (BANCO CENTRAL DO

O crédito aos particulares é a principal fonte do endividamento das famílias, isto em um cenário econômico favorável, com crescimento, estabilidade de emprego e sem atingir as camadas sociais que estão no limiar da pobreza⁷, ou seja, o endividamento em cenário econômico e social saudável não deve ser visto como um problema em si mesmo, contudo, o endividamento em um cenário de incerteza, com situações que possam afetar gravemente a capacidade de reembolso do devedor, que possa colocá-lo em situação de impossibilidade de cumprimento dos seus compromissos financeiros, surgindo assim o (super) e (sobre) endividamento do consumidor, deve ser visto como um grave problema social (e não apenas pessoal⁸), que afeta além daquele consumidor em situação de dívida, mas também sua família e a sociedade como um todo.⁹

O poder da dívida sobre a subjetividade do indivíduo possui várias nuances, destacando o impacto moral – “como ele se vê e como ele é visto no seu meio de relações”¹⁰, bem como o impacto no seu mínimo existencial – “conjunto de garantias materiais para uma vida condigna”¹¹, assim, como forma de proteção do consumidor superendividado, parte vulnerável na relação contratual, que o ordenamento brasileiro e português trazem previsões para sua proteção.

Desta feita, o fenômeno do superendividamento, que já vinha sendo aprimorado no Direito estrangeiro¹², foi sinalizado em 1995, no Congresso da

BRASIL. *Série cidadania financeira: estudos sobre educação, proteção e inclusão*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/serie_cidadania/serie_cidadania_financeira_6_endividamento_risco.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

⁷ MARQUES, Maria Manuel *et al.* *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 2.

⁸ LIMA LOPES, José Reinaldo De. Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, 1996.

⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; VIAL, Sophia Martini. *Comentários à lei 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento*. São Paulo, RT, 2021, p. 29.

¹⁰ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos*. São Paulo: RT, 2015.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22.

¹² “Para evitar esta ‘falência’, os países desenvolvidos e industrializados, como os Estados Unidos da América, o Canadá, a França, a Inglaterra, a Alemanha, a Bélgica, Luxemburgo e tantos outros, criaram uma série de inovações legislativas, muitas advindas da jurisprudência e por analogia com a concordata comercial, em especial um processo extrajudicial específico, de tratamento amigável ou administrativo de renegociação e parcelamento para pessoas físicas não profissionais (consumidores), permitindo um tratamento e um approach global da situação de superendividamento

Associação Mundial do Direito do Consumo em Toronto, pela Profa. Claudia Lima Marques¹³, momento em que a mesma alertou para a instalação desta conjuntura nos países emergentes. Em 1996, o Prof. José Reinaldo de Lima Lopes, com o artigo: Crédito do consumidor e superendividamento¹⁴, também trouxe à baila o tema.

Em 2004 iniciava a pesquisa piloto no Brasil sobre o fenômeno crescente do superendividamento dos consumidores pessoas físicas, um esforço de mais de dois anos de pesquisas coletivas empíricas e qualitativas no Rio Grande do Sul e no Rio de Janeiro, estudos que inspiraram a organização da pioneira comissão de negociação voluntária da Defensoria Pública do Rio de Janeiro¹⁵.

Em 2005 há a apresentação do anteprojeto de lei acadêmico no Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor¹⁶; em 2006 ocorre a publicação o livro Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito; em 2007 inicia-se o projeto do tratamento do superendividamento no TJ/RS; em 2010 ocorre o lançamento do caderno de investigação científica sobre a prevenção e o tratamento do superendividado pelo Ministério da Justiça¹⁷, em outubro do mesmo ano há a criação da comissão de juristas instituída pela Presidência do Senado Federal¹⁸ e em

dos consumidores." (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. Ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1469.

¹³ MARQUES, Claudia Lima. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, 1996.

¹⁴ LIMA LOPES, José Reinaldo De. Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, 1996.

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (org.), *Direitos do consumidor endividado I: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 15.

¹⁶ EVENTO no RS avalia os 15 anos do Código do Consumidor. *Conjur*, 5 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2005-set-05/evento_internacional_rs_avalua_15_anos_cdc. Acesso em: 04 maio 2022.

Sobre este evento, vale a leitura: EDITORIAL RTDC. *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Complexidade do Ordenamento*, v. 22, 2005. Disponível em: <https://ibdcivil.org.br/wp-content/uploads/2019/06/RTDC.Editorial.v.022.pdf>. Acesso em: 04 maio 2022.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento* - Caderno de Investigações Científicas. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

¹⁸ "A Comissão de Juristas, criada pelo APR n. 308, de 2010 e destinada a atualizar o CDC, em 180 dias, compõe-se de cinco membros. Sua instalação ocorreu, em 15 de dezembro. No objeto da Comissão, consta a apresentação de anteprojeto voltado para o crédito e o superendividamento, sem prejuízo de outras matérias pertinentes ao Código, que venham a ser consideradas pela Comissão. O mérito da redação atual, reconhecido inclusive internacionalmente, gera expectativas de poucas alterações no texto original, além dos temas acima. A Secretaria de Coordenação Técnica recebeu do Presidente do Senado nova designação, para secretariar esta comissão, além de desenvolver parte dos respectivos trabalhos técnicos." (O Senado e as reformas dos Códigos. *Agência Senado*, 20 a 24 de dezembro de 2010 - nº 162. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194039/EmPauta_162.pdf?sequence=7&isAllowed=y. Acesso em: 22 maio 2022.

2012 a comissão de juristas apresentou o relatório sobre a atualização do CDC¹⁹.

Então em 2015 o PLS 283/2012 é aprovado por unanimidade no Senado, sendo remetido para a revisão da Câmara dos Deputados e recebe o número PL 3515/2015²⁰ e após um longo período de apreciação e discussão, ele é transformado na Lei Ordinária 14.181/2021, ingressando assim no ordenamento jurídico batizada de Lei do Superendividamento.

A Lei 14.181/21²¹, com inspiração do direito francês^{22 23}, trouxe um novo paradigma, atualizando e incluindo dois novos capítulos no Código de Defesa do Consumidor, o Capítulo VI-A, que traz da prevenção e do tratamento do superendividamento, com parâmetros para um crédito responsável e o Capítulo V, que traz da conciliação no superendividamento, dispendo sobre a conciliação em bloco do consumidor de boa-fé com todos os seus credores, para a elaboração de um plano de pagamento das dívidas. A Profa. Claudia Lima Marques e o Prof. Fernando Martins resumem todas as novas normas em três diretrizes: crédito

¹⁹ "Herman Benjamin destacou, entre as principais mudanças propostas, a regulamentação do comércio eletrônico, a proibição de publicidade que leve o comprador ao engano ou ao superendividamento e ajustes processuais no sentido de viabilizar solução alternativa não judicial para os conflitos de consumo, que não foram tratados pelo CDC quando de sua criação." COMISSÃO de juristas apresenta relatório sobre atualização do CDC. *Agência Senado*, 14 de março de 2012. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/03/14/comissao-de-juristas-encerra-primeira-etapa-do-cdc>. Acesso em: 22 maio 2022.

²⁰ BRASIL. Câmara Dos Deputados. PL 3515/2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490> (22.0122022).

²¹ BRASIL, Lei Nº 14.181, De 1º De Julho De 2021, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 22 maio 2022.

²² Diverso da lei francesa, onde é possível a inclusão de dívidas de trabalho, aqui no Brasil a Lei 14.181/21 somente trata da relação se consumo.

²³ Cabe destacar aqui os dois modelos de tratamento do superendividamento: "O primeiro modelo denominado de fresh start é adotado por países de tradição common law (Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e Austrália). A expressão fresh start significa 'começo imediato' porque permite ao consumidor com problemas financeiros a chance de começar uma nova etapa em sua vida sem o peso das dívidas pretéritas. O objetivo principal do sistema americano tem sido conceder ao devedor honesto o perdão imediato das dívidas remanescentes após a liquidação do patrimônio disponível para o seu pagamento. O segundo modelo de tratamento, adotado pelos países europeus, identifica-se mais com a filosofia dos planos de pagamento ou da reeducação pela responsabilização dos devedores pelas obrigações assumidas. Na prática, em vez do perdão das dívidas ou da quitação direta com a liquidação dos bens, os devedores são obrigados a reembolsá-las por meio de um plano de pagamento que pode durar até 10 (dez) anos." (MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa De; VIAL, Sophia. Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (org.). *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020.

responsável (“direito fundamental e básico do consumidor”), boa-fé na ruína (“a boa-fé como princípio fundamental e ordenador do tráfego jurídico”) e respeito à dignidade humana (“o patrimônio mínimo como bem fundamental a ser preservado na consecução dos limites ao sacrifício”)²⁴.

Com o escopo de auxiliar na aplicação e interpretação do texto legal a Faculdade de Direito e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, através do Centro de Estudos Europeus e Alemães (UFRGS-PUCRS-DAAD) e do Observatório do Crédito e Superendividamento UFRGS, em conjunto com a Faculdade Nacional de Direito da UFRJ organizaram duas jornadas nacionais de pesquisa, em Porto Alegre e em São Paulo, nas quais foram aprovados enunciados²⁵ interpretativos da Lei 14.181/2021.

No dia 17 de agosto de 2021, aconteceu a ‘I Jornada CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ’, contando com apoio do Brasilcon - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, do Instituto do Capitalismo Humanista, do Instituto Brasileiro de Direito Contratual, do Balcão do Consumidor da PUCRS, do Grupo de Pesquisas CNPq ‘Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização’ UFRGS, do Grupo de Pesquisa CNPq ‘A Simbiose entre o Público e o Privado’ UFRJ e da Associação Alumni da Faculdade de Direito da UFRGS.

A Jornada teve dois Grupos de Trabalho: GT1 - Superendividamento, que teve como coordenadoras a Profa. Dra. Dr.h.c. Claudia Lima Marques (UFRGS-CDEA), a Profa. Dra. Andréia Fernandes de Almeida Rangel (FND/UFRJ) e a Profa. Dra. Simone Backes (UFRGS); e GT2 - Proteção do Consumidor, coordenado por Prof. Dr. André Perin Schmidt Neto (UFRGS), Prof. Ms. Laone Lago (UFF-UniSUAM) e Profa. Dra. Lúcia Souza D’Aquino (UFGD). Em ambos os grupos foram apresentados 26 trabalhos, com mais de 50 pesquisadores envolvidos. Além de várias palestras, apresentações de teses e enunciados. Contando como um todo com intensa

²⁴ MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando Rodrigues. Superendividamento de idoso: a necessidade de aprovação do PL3515/15. *Conjur*, 27 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-27/garantias-consumo-superendividamento-idosos-preciso-aprovar-pl-351515>. Acesso em: 22 maio 2022.

²⁵ *Enunciados I Jornada de Pesquisa CDEA*: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>.
Enunciados II Jornada de Pesquisa CDEA: <https://cdea.tche.br/site/?p=6328>.

participação de professores, de alunos da graduação e da pós-graduação da UFRGS e da UFRJ, assim como das Universidades Federais de Minas Gerais, de Uberlândia, da Grande Dourados, de Mato Grosso do Sul, de Pelotas, de Santa Maria, Federal Fluminense, da PUC-RS, PUC-Rio, PUC-PR, PUC-SP, UNINOVE, UNISANTA, da IMED, da Uniritter, da UNIFRA, UniSUAM, da UIP-São Paulo, além de participantes externos da Bolívia, Guiné-Bissau e da Argentina, das Comissões de Defesa do Consumidor da OAB-RS, OAB-PR e OAB-PE e do IDEC-São Paulo.

A jornada foi toda online e teve como coordenadores a Profa. Dra. Claudia Lima Marques (UFRGS), a Profa. Dra. Andreia Rangel (UFRJ), a Profa. Dra. Rosângela Cavalazzi (UFRJ-PUC-Rio), a Profa. Dra. Flávia do Canto Pereira (UFRGS-PUC-RS), Prof. Ms. Laone Lago (UFF-UniSUAM) e a Profa. Dra. Lúcia D´Aquino (UFGD), além de contar com uma Comissão Executiva – formada pelos discentes Igor Medinilla de Castilho (UFRJ), Marcell Tomé Martins (UFRGS), Susy Iná Soares de Meireles (UFRJ) e Marcela Joelsons (UFRGS) – e Comissão de Honra, com grandes especialistas nacionais no tema, a quem muito agradecemos. Uma das finalidades da I Jornada CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor era elaborar enunciados interpretativos sobre a Lei 14.181,2021 de forma a ajudar a aplicação da lei no país e elaborar documento sobre a necessidade de reversão dos vetos da Lei que atualizou o CDC, que acabaram sendo mantidos. Foram aprovados 25 enunciados, que podem ser lidos ao final do livro.

Nos dias 30 de novembro e 02 de dezembro de 2021, aconteceu a 'II Jornada CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ', contando com apoio do PROCON/SP, Universidade Nove de Julho – UNINOVE, Escola de Direito e o Balcão do Consumidor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON, do Instituto do Capitalismo Humanista - ICapH, do Grupo de Pesquisas CNPq 'Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização' UFRGS e do Grupo de Pesquisa CNPq 'A Simbiose entre o Público e o Privado' UFRJ.

O evento online teve como coordenadores a Profa. Dra. Claudia Lima Marques (UFRGS), a Profa. Dra. Andreia F. de Almeida Rangel (UFRJ), Prof. Dr. Ricardo Sayeg (UNINOVE), Profa. Dra. Lúcia Souza d`Aquino (UFF), Prof. Dr. Marcelo Benaccio (UNINOVE), Prof. Dr. Fernando Capez (UNINOVE-PROCON/SP), Prof. Rodrigo

Tritapepe (UNINOVE-PROCON/SP), Prof. Dr. Vitor Hugo do Amaral Ferreira (UFN), Profa. Dra. Flávia do Canto (PUC/RS), Profa. Dra. Ana Paula Atz (UFRGS) e Prof. Ms. Marcus Vinicius Comenale Pujole (PROCON/SP), contou com uma Comissão Executiva formada pelos discentes Igor Medinilla de Castilho (UFRJ), Marcell Tomé Martins (UFRGS), Yasmin Saba (UFRGS) e Julia Chassot Loureiro Maineri (UFRGS), além da Comissão Científica composta por grandes especialistas nacionais no tema, a quem muito agradecemos.

A abertura da jornada ocorreu no dia 30 de novembro de 2021, sendo as palestras inauguradas pelo Prof. Dr. Fernando Capez, presidente do PROCON-SP, seguida pelo Prof. Dr. Ricardo Sayeg, Coordenador do PPGD Uninove e Prof. Dr. Bruno Miragem, professor associado da Faculdade de Direito da UFRGS, um momento de rico debate e explanação sobre o cenário atual do Direito do Consumidor, com destaque para a Lei 14.181/2021.

Na sequência foram feitas as apresentações dos trabalhos aprovados. O GT 1 – Proteção do Consumidor e a atualização do CDC, teve como coordenadores a Profa. Dra. Lúcia Souza d'Aquino (UFGD), o Prof. Dr. André Perin (UFRGS) e o Prof. Dr. Guilherme Martins (UFND) e o GT 2 – Superendividamento, teve como coordenadoras a Profa. Dra. Dr. h. c. Claudia Lima Marques (UFRGS-CDEA), a Profa. Dra. Andréia Fernandes de Almeida Rangel (FND/UFRJ) e Prof. Me. Mônica di Stasi (TJ/SP, Uninove). Foram 20 trabalhos de altíssimo nível apresentados, envolvendo mais de 30 pesquisadores, demonstraram a qualidade e as profícuas pesquisas realizadas, os quais ainda contaram com as ponderações e contribuições dos coordenadores dos Grupos de Trabalho.

O segundo dia do evento, 02 de dezembro de 2021, contou com a ilustre palestra de abertura do Min. Dr. Paulo Dias Moura Ribeiro, ministro do STJ, e seguiu com o painel 'Relatos e Práticas em Prevenção e Tratamento do Superendividamento', coordenado pelo Prof. Rodrigo Tritapepe (Procon-SP, Uninove), Prof. Dr. Vitor Hugo do Amaral Ferreira (UFN, Brasilcon) e Profa. Dra. Flávia do Canto (PUC/RS). Foi um momento muito expressivo e de grande valia, sendo apresentadas as boas práticas e experiências positivas no campo do Superendividamento pela Profa. Dra. Karen Bertoncetto, Profa. Dra. Clarissa Costa de

Lima, Profa. Dra. Maria Paula Bertran, Profa. Ms. Maria Alice Rodrigues, Prof. Dr. Rogério Silva e Profa. Dra. Amélia Rocha.

Encerrando a jornada com chave de ouro, o Prof. Dr. Adalberto Pasqualotto abrilhantou e brindou a todos com seus ensinamentos, compilando ainda tudo que foi abordado nos dois intensos dias de evento. Suas palavras foram seguidas por explicações do Prof. Dr. Fernando Martins, presidente do BRASILCON e do Prof. Dr. Roberto Pfeiffer, da USP, os quais muito nos honraram com a presença.

Repetindo a experiência da I Jornada, também na II Jornada CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor foram elaborados novos enunciados interpretativos sobre a Lei 14.181/2021 de forma a ajudar a aplicação da lei no país. Finalizando ainda com o encaminhamento para a criação da Rede de Núcleos de Tratamento do Superendividamento, junto ao Observatório do Crédito e Superendividamento da UFRGS. Da mesma forma, foram aprovados 18 enunciados, que podem ser lidos ao final do livro.

Dessa forma, as Jornadas de Pesquisa CDEA pretendem proporcionar à comunidade acadêmica um espaço de reflexão e fomento de produção científica, que possa contribuir com proposições pertinentes para o enfrentamento dos problemas decorrentes do superendividamento e da proteção do consumidor. Trata-se de um espaço para a apresentação, divulgação, promoção, acompanhamento e aprimoramento de projetos de pesquisa desenvolvidos por estudantes de graduação e de pós-graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, e afins, buscando incentivar atividades acadêmicas de pesquisa em direito.

Por fim, mencione-se que esta obra foi produzida com a contribuição dos pesquisadores que participaram das I e II Jornadas de Pesquisa CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor, para disseminar o conhecimento de alto nível compartilhado nas apresentações de pesquisas. Agradecemos ao Brasilcon, que permite também a republicação da nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor pela Lei 14.181.2021, de autoria das renomadas colegas de Diretoria do Brasilcon, Claudia Lima Marques, Clarissa Costa de Lima e Sophia Martini Vial, e ao CDEA pela possibilidade de publicar este livro.

APRESENTAÇÃO DO CDEA - CENTRO DE ESTUDOS EUROPEUS E ALEMÃES



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-0>

Claudia Lima Marques¹

Cabe-me apresentar o CDEA (Centro de Estudos Europeus e Alemães), projeto conjunto da UFRGS e da PUCRS, com financiamento do DAAD. Um projeto internacional de 5 anos renováveis, que visa fomentar uma nova geração de cientistas e pesquisadores brasileiros em estudos interdisciplinares sobre temas atuais da Europa e Alemanha úteis ao contexto brasileiro e Latino-americano. Trata-se de um centro científico de ensino, pesquisa e informação, fomentado pelo DAAD com verba do Ministério das Relações Exteriores alemão, sediado na PUCRS (Escola de Humanidades) e na UFRGS (Faculdade de Direito, PPGD e ILEA), contando também com apoio da CAPES.

No mundo, são 20 centros interdisciplinares de Estudos Europeus e Alemães no mundo - Canadá (2), China, PR (1), França (1), Israel (2), Japão (1), Coreia do Sul (1), Países Baixos (1), Polônia (1), Rússia (1), Reino Unido (2) e Estados Unidos da América (6) – fundados pelo Primeiro Ministro Helmut Kohl desde 1991. O site oficial do DAAD assim os descreve: *"Nestes centros intedisciplinares a pesquisa científica, a política contemporânea e o interesse do publico em geral é focado e reunido em temas relacionados à Alemanha e à Europa." Os centros são comparados a faróis (beacons) que "tem como finalidade principal assegurar para a jovem geração de acadêmicos conhecimentos e expertise sobre a Alemanha e a Europa de forma a propagar estes conhecimentos e assegurar contínua cooperação entre a Alemanha e seus parceiros internacionais."*

Os primeiros três centros, foram nos EUA, em 1991, nas Universidades de Harvard, California-Berkerley e Georgetown (Washington). Depois foram fundados no Meio-Oeste norteamericano (Universidades de Minnesota, Wisconsin-Madison e

¹ Diretora da Faculdade de Direito da UFRGS, Professora Permanente do PPGD-UFRGS e do PPGD-UNINOVE, Ex-Presidente do Brasilcon, Diretora do Centro de Estudos Europeus e Alemães (UFRGS-PUCRS-DAAD). E-mail:dirinter@ufrgs.br.

Brandeis) e os 3 centros no Canada (Univ. de Toronto, Univ. de York em Toronto, Univ. de Montreal) e dois na Inglaterra (Cambridge e Birmigham). Nos anos 2000, por propostas nacionais, foram criados os centros em Paris (com 12 universidades de excelência) e em Amsterdam, na Europa Central e do Leste (Polônia em Varsóvia, Rússia, em São Petersburg). Depois na Ásia, na renomada universidade de Todai no Japão, na Universidade de Peking na China. Em 2007 também, foram fundados dois centros em Israel, na Hebrew University de Jerusalem e na Universidade de Haifa. E, mais recentemente, na Chung-Ang University na Coreia do Sul em 2013. E em 2017, na UFRGS e PUCRS, em Porto Alegre Brasil.

O nosso 'CDEA-Centro de Estudos Alemães e Europeus' reúne 58 pesquisadores de ponta de 22 Programas de Pós-Graduação das Humanidades e Sociais Aplicadas, sendo o aqui representado PPGDireito da UFRGS. O CDEA dedica-se de maneira interdisciplinar à discussão de três fenômenos chave – *globalização, sustentabilidade e diversidade cultural* – no contexto de diferentes experiências e construções na Europa/Alemanha e Brasil (veja a lista de pesquisas e redes in <https://cdea.tche.br>).

O Program de Pós-Graduação em Direito da UFRGS introduziu uma Ênfase nova na linha de Pesquisa em Integração Jurídica e assim lidera um Mestrado em Direito Europeu e Alemão, que é um projeto piloto fomentado pelo DAAD, com 10 vagas extras e inclusive com alunos internacionais e interdisciplinares. Dentre as pesquisas e eventos do CDEA-UFRGS, destacam-se as pesquisas sobre a proteção do consumidor, que une também a Rede DAAD-CAPES de Pesquisas Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor, que lidero e que tem ajudado, em direito compardo, a melhoria da legislação brasileira. No PPGD da PUCRS, que ajuda o projeto-piloto de Mestrado no PPGD-UFRGS e do CDEA a ênfase são os direitos humanos, dentre os quais incluem-se os sociais e econômicos.

Note-se que o CDEA em Porto Alegre é o primeiro Centro Interdisciplinar de Estudos Europeus e Alemães no Brasil e na América Latina, mesmo na parte sul global e durante a pandemia pode construir medidas de digitalização que permitiram aos seus professores e estudantes ter acesso aos bancos dados alemães (BECKONLINE) e a plataformas de eventos. Assim pensamos, eu a Profa. Dra. Andréia Rangel da UFRJ, pós-doutoranda no PPGD UFRGS e premiada pelo CDEA com estada

de pesquisa na Universidade de Giessen, Alemanha, em organizar um evento nacional, online, entre a UFRGS e UFRJ que pudesse ajudar na interpretação da Lei 14.181/2021, estudando o fenômeno do superendividamento, mas também fenômenos atuais do direito do consumo, como o mundo digital (PL 3514/2015 também de atualização do CDC).

O evento teve grande repercussão e adesão, o que muito agradecemos e seus enunciados, trazidos neste livro foram publicados nacionalmente². Com a rede de apoio do CDEA, da UFRGS, destaco aqui a ajuda de Marcell Martins, em representação do Grupo de Pesquisa CNPq "Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização", da mestranda argentina do Projeto Piloto do CDEA, Laila Moliterno, do então doutorando Prof. Me. Vitor Hugo do Amaral (Santa Maria) pelos alunos do PPGD UFRGS e CDEA, da professora Substituta Dra. Simone Backes, do Prof. Dr. Bruno Miragem, Prof. Dr. André Perin Schmitt e tantos outros colegas que nos ajudaram muito. A estes juntaram-se os colegas de Brasilcon do país inteiro e da FND UFRJ, deste grupo destaco, o Prof. Dr. Guilherme Martins e o estudante Igor Medinilla De Castilho, e a sempre muito engajada e competente, Profa. Dra. Andreia Rangel. Agradeço muito a todos estes pioneiros nas Jornadas, que pelo seu sucesso expandiram-se e uma segunda foi realizada em São Paulo, com a ajuda do PROCON-SP e UNINOVE, aqui agradeço em especial ao Prof. Dr. Ricardo Sayeg, Magistrada Mônica di Stasi e o doutorando Rodrigo Tritapeppe.

A proteção do consumidor no mercado, especialmente em matéria de serviços financeiros e bancários e nos serviços digitais e globalizados, interessa muito à Alemanha e ao Brasil. Como o CDEA visa fomentar pesquisa de excelência em temáticas de interesse para Brasil e Alemanha/União Europeia, ampliando a disseminação das informações acadêmicas e o contato entre universidades e organizações no Brasil e na América Latina, criando uma rede brasileira de ensino, pesquisa e atividades de extensão relacionada a estudos alemães e europeus, as jornadas sobre superendividamento e proteção do consumidor foram de grande

² Veja: MARQUES, C. L.; RANGEL, A. Enunciados das I e II Jornadas de Pesquisa CDEA: Superendividamento e proteção do consumidor, UFRGS-UFRJ-BRASILCON-PUCRS-UNINOVE-PROCON/SP. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 139, p. 397 – 408, 2022.

valia. Vida longa ao CDEA e aos talentos brasileiros e latino-americanos nesta obra representados!

1. BREVE NOTA À ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PELA LEI 14.181.2021¹



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-01>

Claudia Lima Marques²

Clarissa Costa de Lima³

Sophia Vial⁴

1 INTRODUÇÃO

Reforçando a boa-fé⁵ na concessão responsável do crédito ao consumo e criando um sistema novo de conciliação em bloco das dívidas dos consumidores, que preserva o mínimo existencial, em junho de 2021 foi aprovada a Lei 14.181,2021, que atualiza o Código de Defesa do Consumidor-CDC.

Como escrevemos,⁶ trata-se de um texto legislativo maduro, preparado por uma Comissão de Juristas do Senado Federal, presidida pelo e. Min. Antônio Herman Benjamin;⁷ texto discutido e debatido em anos de tramitação, um texto baseado nas

¹ Versão especial e reduzida da nota publicada pelas autoras na *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 136/2021, p. 517 – 538, Jul - Ago / 2021, com o título 'Nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor pela Lei 14.181,2021 para "aperfeiçoar a disciplina do crédito", "para a prevenção e o tratamento do superendividamento" e "proteção do consumidor pessoa natural".'

² Doutora em Direito (Heidelberg), LL.M. (Tübingen) e Diploma de Estudos Europeus (Sarre, Alemanha). Ex-Presidente do Brasilcon, Líder do Grupo de Pesquisa CNPq 'Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização', Pesquisadora 1 A do CNPq, Diretora do Centro de Estudos Europeus e Alemães-CDEA (UFRGS-PUCRS-DAAD) e Presidente do Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores (ILA, Londres), Professora Titular da UFRGS, Professora Permanente do PPGD UFRGS e da Uninove.

³ Doutora e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra e em Direito Europeu dos Contratos pela Universidade de Savoie, Diretora Adjunta da Revista de Direito do Consumidor. Ex-Presidente do Brasilcon. Juíza de Direito do TJRS.

⁴ Doutora e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Europeu dos Contratos pela Universidade de Savoie, Ex-Presidente dos PROCONSBRASIL e ex-coordenadora do PROCON Porto Alegre, Advogada, Ex-Assessora Legislativa no Senado Federal do Senador Rodrigo Cunha (AL). Secretária-Geral do Brasilcon.

⁵ Veja: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. Ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1465 e seg.

⁶ Veja os nossos comentários mais detalhados na obra, BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. *Comentários à Lei 14.181/2021: A atualização do CDC em matéria de superendividamento*. São Paulo: Ed. RT, 2021, p. 33 e seg

⁷ Veja BENJAMIN, Antônio H. MARQUES, Cláudia Lima. Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 92, p. 303-366, mar./abr. 2014

lições do direito comparado, especialmente no modelo francês de reeducação financeira, mas adaptado à realidade brasileira. É uma atualização legislativa do microsistema do consumidor, que objetiva mudar o mercado brasileiro: mudar da cultura da dívida e da exclusão dos milhões de consumidores superendividados de boa-fé, para a cultura do pagamento e da preservação do mínimo existencial, dando nova ordem e mais tempo aos consumidores no pós-pandemia, mas com um plano de pagamento para saldar as dívidas e reforçar a educação financeira no Brasil.

Como afirmou o Presidente da Comissão de Juristas, Min. Antônio Herman Benjamin, que merece todas nossas homenagens pelo belo trabalho realizado nesta verdadeira 'reforma de atualização para o século XXI' da Lei 8.078, 1990, o Código de Defesa do Consumidor:

*"Apesar de normas visionárias, não havia como imaginar em 1990 o crescimento exponencial e democratização do crédito, fenômeno que amplia as facilidades de acesso a produtos e serviços, superando esquemas elitistas e popularizando sofisticados contratos financeiros e de crédito. Esta nova realidade brasileira coloca a necessidade de aperfeiçoar os mecanismos existentes de apoio aos consumidores, especialmente os preventivos, com o intuito de reduzir conflitos, sobretudo no terreno do superendividamento, que merece tratamento legislativo."*⁸

A Lei 14.181,2021 ao atualizar o CDC foca na proteção do consumidor pessoa natural (pois a falência já é privilégio das pessoas jurídicas)⁹ e tem como base a boa-fé.¹⁰ No que se refere à prevenção do superendividamento as modificações do CDC, com base no princípio da boa-fé objetiva, reforçam os deveres de informação, de

⁸ BENJAMIN, Antônio H. Prefácio. In: LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 17.

⁹ Veja sobre a necessidade de uma 'legislação de falência do consumidor', MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. Consumer over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer bankruptcy legislation. In: NIEMI, J.; RAMSAY, I.; WHITFORD, W. C. (ed.). *Consumer credit, debt and bankruptcy – Comparative and international perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 55-73.

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: Cláudia Lima Marques; Rosângela Lunardelli Cavallazzi. (Org.). *Direitos do Consumidor endividado: Superendividamento e Crédito*. 1. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 255-309.

cooperação e de cuidado com os consumidores superendividados, impõem novos deveres de vigilância com os intermediários e de lealdade na publicidade e marketing no mercado de crédito, combatem expressamente o assédio de consumo, preservando a dignidade e o mínimo existencial dos consumidores, de forma a evitar a exclusão social do consumidor.¹¹

No que se refere à conciliação no superendividamento, a base da Lei 14.181/2021 é a cooperação de boa-fé entre credores e consumidor para evitar a ruína (exceção da ruína) e permitir o bom fim dos contratos, que é seu pagamento. Isso através de um plano de pagamento¹² em um modelo para-judicial (ou desjudicializado), contanto com o apoio dos órgãos públicos do SNDC, e, em caso de não-conciliação, criando um processo do superendividamento, que também termina em um plano de pagamento em até 5 anos, plano então compulsório e determinado pelo juiz do superendividamento, reafirmando assim os deveres de proteção do Estado para com os consumidores, advindos da origem constitucional da proteção dos consumidores na lista de direitos fundamentais (Art. 5, XXXII da CF/1988). Vejamos alguns detalhes do conteúdo das regras as incluídas no CDC pela Lei 14.181/2021.

2 RESUMO DAS PRINCIPAIS NOVIDADES INCLUÍDAS NO CDC PELA LEI 14.181/2021

O capítulo novo da prevenção abre com uma norma narrativa do novo Art. 54-A, incluindo a definição legal de superendividamento e esclarecendo a finalidade do capítulo: *"Este Capítulo tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa natural de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor."*

A introdução da figura do crédito responsável é de saudar-se, standard de boa prática da OECD e do mundo, que agora é introduzido no Brasil, que visa justamente

¹¹ Sobre superendividamento do consumidor e sua importância hoje na atualização do Código de Defesa do Consumidor, veja BENJAMIN, Antônio Herman et al. *Atualização do Código de Defesa do Consumidor: anteprojetos-relatório*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2012, p. 23 e seg.

¹² Veja sobre a importância do tratamento do superendividamento, MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Notas sobre as Conclusões do Relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89, 2013, p. 453 e seg.

reequilibrar a vulnerabilidade do consumidor no mercado de crédito, impondo deveres de boa-fé aos fornecedores (e intermediários) do crédito. As iniciativas de melhorar a educação financeira já presentes no Brasil ganham reforço na lei.¹³ O sistema introduzido de prevenção e tratamento é baseado na ideia de pagamento, de sair da cultura da dívida e da exclusão para uma cultura do pagamento, liberando o consumidor somente após o pagamento total de sua dívida, sem perdão algum.

Na França, onde há perdão de dívida, este sistema bifásico (extrajudicial e judicial, se não houver acordo) é administrativo puro, mas bastante complexo, mas o sistema como um todo, pois exige o plano de pagamento é denominado 'modelo da reeducação financeira'. No Brasil, um modelo simplificado foi criado pelas magistradas, discentes do PPGD UFRGS e diretoras do Observatório do Crédito e superendividamento, em 2004, em quem pede e sugere o plano é o próprio consumidor e consensuado o plano deve haver um comprometimento do consumidor de não colocar em perigo o pagamento do plano, daí porque muitos PROCONs e TJS já realizam reuniões com os consumidores para os preparar sobre como deve ser o plano de pagamento e os instruir sobre como não cair novamente em superendividamento. Todos estes ementos foram incorporados na lei, em especial o caput do novo Art. 104-A e § 4º, IV.

A Lei 14.181/2021 define superendividamento, no § 1º do novo Art. 54-A, da mesma forma que a doutrina brasileira o fez, como "*a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.*"

Nesta definição legal o elemento central, o qual diferencia o superendividamento da insolvência e do inadimplemento contratual de crédito, pois o superendividado pode estar em dia, por exemplo, de seu crédito consignado e atrasado em outras dívidas, - é o *comprometimento do mínimo existencial*. Mínimo

¹³ Veja os limites da educação financeira: LIMA, Clarissa Costa de; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. A força do microssistema do CDC: tempos no superendividamento e de compartilhar responsabilidades. *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: RTs, 2016, p.549-580, p. 562ss..

existencial é uma figura constitucional,¹⁴ agora absorvida pelo CDC e que pela opção legislativa, merecerá regulamentação por decreto presidencial ou norma regulatória do Banco Central. A opção legal de exigir regulamentação foi positiva, ao possibilitar o consenso e aprovação da lei. A Ordem dos Economistas do Brasil afirma que o mínimo existencial de consumo já é calculado para as estatísticas governamentais, mas todo os serviços considerados supérfluos deveriam ser retirados, o que exige realmente regulamentação. Também destaque-se que a prevista regulamentação permitirá, sob nossa ótica, que a lei vá se adaptando à realidade brasileira e o Decreto de forma mais fácil que a lei, vá realizando as adaptações necessárias às novas fases do capitalismo brasileiro.

Também na França, que inspirou a legislação brasileira, até hoje são cinco os elementos do superendividamento¹⁵

Bem, além do comprometimento do mínimo existencial, a definição legal destaca os seguintes elementos:

1. *A impossibilidade manifesta de pagar a totalidade das dívidas, dívidas contraídas de boa-fé, pois a lei está muito preocupada com o 'moral hazard', e exige não só a boa-fé subjetiva do consumidor, e o § 3º exclui da aplicação do "Capítulo ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento". A preocupação é tão grande que é repetida no capítulo da conciliação, no § 1º do Art. 104-A.*

¹⁴ Veja, por todos, WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas, mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 193, p. 13-25, mar. 2011.

¹⁵ Veja a versão atual do Art. L 330-1 do Code de la Consommation: "La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale et que la valeur estimée de celle-ci à la date du dépôt du dossier de surendettement soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée." Article L330-1 - Code de la consommation - Légifrance (legifrance.gouv.fr) (14.06.2021).

2. Que sejam dívidas de consumo, o que o § 2º completa englobarem "*quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada*", porém o § 3º exclui as dívidas que "decorram da aquisição ou contratação de bens e serviços de luxo de alto valor." Como veremos mais de 80% dos superendividados ganham até 3 salários-mínimos, e encontram muita dificuldade para renegociar diretamente com seus credores, quanto maior o salário e a renda, mais fácil a renegociação. Neste ponto, pois, a exclusão de bens de luxo, não traz muitos prejuízos e evita mais uma vez que o novo sistema seja 'aproveitado' (*moral hazard*) por fraudadores.

3. *Dívidas de pessoas naturais*, logo excluídas as pessoas jurídicas consumidoras, como era a base legal na França (Artigo L711-1 do Code de la Consommation, agora flexibilizado pelo Art. L330-1),¹⁶ *dívidas de consumidores de boa-fé* e incluídas as dívidas vencidas e vincendas (*exigíveis e vincendas*).

Em resumo, a Lei 14.181/2021 não reduz nenhum direito do consumidor, mas inclui novos direitos no Código de Defesa do Consumidor-CDC (Lei 8.078.1990). Dois capítulos novos serão introduzidos no CDC, o 'da prevenção e do tratamento do superendividamento', para criar uma cultura de crédito responsável, de maior lealdade na concessão de crédito no mercado brasileiro, inclusive dos intermediários e do marketing e evitar a 'exclusão social do consumidor' da sociedade de consumo, preservando seu mínimo existencial, e, um segundo, "da conciliação no superendividamento", que cria uma conciliação em bloco, já testada em muitos CEJUSCs, PROCONs e Defensorias Públicas no país, que tem como base o princípio da boa-fé.

Agora o CDC, modificado pela Lei 14.181/2021, assegura dois direitos básicos novos para os consumidores: "a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas

¹⁶ Veja CARVALHO, Diógenes Faria de. SILVA, Frederico Oliveira Silva. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *restre à vivre*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 118/2018, p. 363 – 386, 2018.

(Art. 6º, XI) e “a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito” (Art. 6º, XII). Complementa a política nacional de relações de consumo do CDC, com dois princípios, o primeiro do fomento a “ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores” (Art. 4º, IX) e o segundo, o princípio da “prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor” (Art. 4º, X).¹⁷

No primeiro capítulo, o foco é o crédito responsável e as melhores práticas mundiais, assim completando o Art. 52 do CDC, reforça em muito os direitos de informação e esclarecimento dos consumidores, combatendo o assédio de consumo no crédito (Arts. 6º, XIII, 54-B, 54-C, 54-D, 54-G), em especial, proíbe práticas abusivas do marketing, que deixam de entregar cópia do contrato e descumprem deveres de cooperação com o consumidor (Art. 54-G), cria um direito de arrependimento do crédito consignado (Art. 54-E), por fim, esclarece a natureza acessória e conexa do crédito ao contrato principal de consumo, coligando seus destinos (Art. 54-F).

Aqui é de destacar a introdução da figura do assédio de consumo. O Anteprojeto da Comissão de Juristas do Senado Federal (depois PLS 283,2012 e hoje PL 3515,2015 da Câmara de Deputados) para a Atualização do Código de Defesa do Consumidor (CDC) introduziu no direito brasileiro a figura do combate ao ‘assédio de consumo’, nominando assim estratégias assediosas de marketing muito agressivas, que pressionam os consumidores e o marketing focado em grupos de pessoas ou visando (*targeting*) grupos de consumidores muitas vezes os mais vulneráveis do mercado, como os idosos e aposentados em casos de créditos; as crianças; os analfabetos e alfabetos funcionais; pessoas com deficiências; doentes.¹⁸

¹⁷ Veja a sugestão de uma lei para o tratamento da questão BANCO MUNDIAL (trad. Ardyllis Soares). Conclusões do Relatório do Banco Mundial sobre tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física – Resumo e conclusões finais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89, 2013, p. 435 e seg.

¹⁸ MARQUES, C. L. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. In: Stoco, Rui. (Org.). *Doutrinas essenciais: dano moral*. 1. ed. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 973-1023. (Publicado originalmente na *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 95/2014, p. 99 – 145, Set - Out / 2014).

O termo 'assédio de consumo' foi utilizado pela Diretiva europeia sobre práticas comerciais abusivas e daí chegou ao Projeto de Atualização do CDC. A Diretiva europeia nr. 2005/29/CE, em seu art. 8 utiliza como termo geral, o de prática agressiva e inclui como espécies, o assédio (*harassment*), a coerção (*coercion*), o uso de força física (*physical force*) e a influência indevida (*undue influence*).¹⁹ A opção do legislador brasileiro foi de considerar o 'assédio de consumo' como o gênero para todas as práticas comerciais agressivas, que limitam a liberdade de escolha do consumidor.

O CDC não usava a expressão 'assédio de consumo', mas sim *prevalhecimento "da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social"* (Art. 39 IV), o que os franceses chama de '*abus de faiblesse*' ou abuso da franqueza, e considera abusivo *aproveitamento "da deficiência de julgamento e experiência da criança"* quanto à publicidade abusiva (Art. 37 §2º), normas que permanecem no CDC, agra ao lado do assédio de consumo do novo Art. 54-C, IV.

Note-se que a jurisprudência tem reconhecido que os idosos, que são os mais afetados por este novo assédio de consumo e ofertas a distância, por *telemarketing* ou mesmo em domicílio - na solidão de suas casas e de suas vidas, essas ofertas, acompanhadas de uma boa conversa com os vendedores (e assinaturas gratuitas para os filhos), são momentos agradáveis, que se transformam depois em grandes incômodos.²⁰ Os idosos em suas casas são constantemente abordados e ofertas de crédito lhe são feitas (moldadas para eles, com crédito e reservas consignadas), antes da pandemia eram assediados nas ruas, muitas vezes chegavam a assinar em branco documentos para estes 'pastinhas e representantes bancários'

¹⁹ Veja meu estudo: MARQUES, C. L. Schutz der Schwächeren im Privatrecht: Eine Einführung. In: Lena Kunz; Vivianne Ferreira Mese. (Org.). *Rechtssprache und Schwächerenschutz*. 1ed. Heidelberg: Nomos, 2018, p. 78 e seg.

²⁰ Assim ensina o *leading case*: "Recurso especial - Responsabilidade civil - Ação de indenização por danos materiais e morais - Assinaturas de revistas não solicitadas - Reiteração - Débito lançado indevidamente no cartão de crédito - Dano moral configurado - Arts. 3.º e 267, VI, do CPC ... II - A reiteração de assinaturas de revistas não solicitadas é conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III). Esse fato e os incômodos decorrentes das providências notoriamente difíceis para o cancelamento significam sofrimento moral de monta, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos 85 anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral" (STJ, 3.ª T., REsp 1.102.787/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.03.2010, DJe 29.03.2010).

especializados em contatar idosos e aposentados nos interior do Brasil, e no mias das vezes caem em superendividamento.

O segundo tema da Lei 14.181/2021 é a conciliação em matéria de superendividamento do consumidor pessoa física com o conjunto de seus devedores, uma conciliação em bloco, que se iniciou no Brasil em um esforço acadêmico com uma pesquisa emprírica na Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2004.²¹ O tema ganhou em conjuntura no Brasil com a chamada democratização do crédito, a qual incluiu no sistema bancário e de cartões de crédito e de débito mais de 50 milhões de novos consumidores e que, com a crise financeira mundial,²² a crise econômica brasileira e agora a crise da COVID-19, ganha ainda mais em importância no Brasil.

No segundo novo capítulo introduzido no CDC, os novos instrumentos criados pelo Art. 5º do CDC aparecerão: "instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural" e instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento".

3 DO TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO E DO PROCESSO DE SUPERENDIVIDAMENTO: DESTAQUE DE ALGUMAS NORMAS PRINCIPAIS

Mencione-se que o *Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor*, mantido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com o intuito de diagnosticar os principais problemas na concessão do crédito, estimular trocas de experiências e a integração das políticas públicas e ações de prevenção e tratamento do superendividamento, junto com o *Grupo de Pesquisa CNPq Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização*, tem acompanhado projetos-pilotos de conciliação em bloco das dívidas dos consumidores no país, e em especial tem uma

²¹ Veja os impactos desta pesquisa in MARQUES, Claudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela L. *Direitos do Consumidor endividado – Superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.

²² Veja sobre o tema MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. Consumer over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer bankruptcy legislation. In: NIEMI, J.; RAMSAY, I.; WHITFORD, W. C. (ed.). *Consumer credit, debt and bankruptcy – Comparative and international perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 55-73.

pesquisa sobre 6.165 superendividados,²³ que acertaram durante 5 anos suas dívidas em bloco com os seus 15.942 credores de forma para-judicial, no Projeto Piloto de Tratamento do Superendividamento do CEJUSC de Porto Alegre.²⁴

Estes dados da pesquisa do Observatório-UFRGS demonstram que o superendividamento atinge os mais pobres da população (93,8% ganham até 5 salários mínimos, 81,7% ganham até 3 salários mínimos, 13,5% ganha menos de um salário mínimo e apenas 1,2% destes consumidores ganha mais de 10 salários por mês!), os quais não conseguem renegociar sozinhos (76,4% tentaram renegociar com os fornecedores), em especial, o grande número que são idosos (18,5% são maiores de 60 anos e 1% maiores de 80 anos, quando na população são apenas 11%)²⁵, pessoas que são arrimo de família (com 1 a 3 dependentes).²⁶ E esta pesquisa longitudinal demonstrou empiricamente que estas pessoas estão de boa-fé e desejam fortemente pagar suas dívidas, que ocorreram em virtude de um 'acidente da vida' (76,1% sofreu um imprevisto, como redução de renda-26,8%-, desemprego-23%-, doença familiar ou pessoal-18,1%-, divórcio/separação -4,8%- e morte na família -2,5%) e limpar seus nomes (95,4% não tem qualquer processo judicial e 90,2% não estava em bancos de dados negativos, como SPC, SERASA CADIN antes da referida dívida), querendo evoluir da 'cultura-da- dívida' e da 'exclusão' da sociedade de consumo (72,5% já estão nos cadastros negativos e com isso tem dificuldades até para conseguir emprego) para uma cultura do pagamento,²⁷ com um

²³ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. Dados da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da Comarca de Porto Alegre nos anos de 2007 a 2012 e notícia sobre o Observatório do Crédito e Superendividamento Ufrgs-MJ. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99 (2015), p. 411-437 e veja também o pioneiro livro, MARQUES, Claudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. (Org.). *Direitos do Consumidor endividado: Superendividamento e Crédito*. São Paulo: RT, 2006, p. 255-309.

²⁴ LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto Conciliar é Legal (CNJ): projeto piloto "Tratamento das situações de superendividamento do consumidor". *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.63, p.173-201, jul./set.2007 e LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Conciliação aplicada ao superendividamento: estudos de casos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 71, p. 106-141, jul./set. 2009.

²⁵ Veja MARQUES, Claudia Lima. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. (Org.). *Novas tendências do Direito do Consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 46-87.

²⁶ MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, Idosos e o Superendividamento dos Consumidores: cinco anos de dados empíricos do Projeto-Piloto em Porto Alegre. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 100, p. 393-423, jul.-ago. 2015.

²⁷ LIMA, Clarissa Costa e BERTONCELLO, Karen. D. *Superendividamento aplicado*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 269.

plano de pagamento que permita manter seu mínimo existencial²⁸ e sustentar sua família (40,9% são solteiros os demais são casados, viúvos, divorciados ou com companheiros) e pagar os menores credores primeiro, depois os maiores, apesar do crédito consignado ou diretamente descontado em sua pensão, aposentadoria ou conta-salário (80,3% dos casos), permitindo assim com esta conciliação retirar seu nome dos cadastros negativos²⁹ e quitar sua dívida com todos os credores.³⁰ Este foi o modelo utilizado para a Atualização do CDC, uma conciliação de boa-fé e em bloco entre o consumidor (de boa-fé) e todos os seus credores, para elaborar um plano de pagamento, que preserve o mínimo de sobrevivência, o mínimo existencial.

O foco da Lei 14.181/2021 é a prevenção do superendividamento do consumidor pessoa natural (art. 54-A e 104-A), seguindo aqui a tendência da Lei do Regime Jurídico de Emergência (Lei 14.010,2020) de redefinir de forma mais estrita, o consumidor que pode se beneficiar dos dois novos capítulos, excluindo as pessoas jurídicas-consumidoras.

O Art. 104-A, que regula a conciliação, é ainda mais limitador, excluindo da conciliação e dos planos de pagamento, os contratos de crédito com garantia real, os financiamentos imobiliários e de crédito rural, ao afirmar:

Art. 104-A...§ 1º Excluem-se do processo de repactuação as dívidas, ainda que decorrentes de relações de consumo, oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar pagamento, bem como as dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural.

²⁸ BERTONCELLO, Karen D. Identificando o mínimo existencial: proposições de concreção em casos de superendividamento do consumidor, Tese de Doutorado UFRGS (Porto Alegre), 2015, publicada nacionalmente: BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor - mínimo existencial - casos concretos*. São Paulo: RT, 2015.

²⁹ Veja os casos: MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen D. Prevenção e tratamento do superendividamento. *Caderno de Investigações Científicas 1*, Brasília, DPDC/SDE, 2010, p. 9 e seg.

³⁰ Veja os dados: MARQUES, Claudia Lima. Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores, in MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (Org.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: RT, 2016, p. 265 e seg..

Em outras palavras, em interpretação *a contrario*, se “as dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural” podem estar incluídas no capítulo da prevenção, se ‘decorrentes de relações de consumo’, mas não no tratamento pela conciliação e planos de pagamento. Obviamente serão consideradas para verificar o superendividamento geral do consumidor, mas não no plano de pagamento conciliado, o que é uma pena. De outro lado, se o credor com garantia real, o de financiamento imobiliário e de crédito rural aceitar participar da conciliação com o consumidor e os demais credores, neste caso, -até porque é conciliação – parece-me que pode haver conciliação e plano de pagamento que inclua estas dívidas (Art. 104-A), que estão totalmente excluídas do plano judicial (art. 104-B). A prática do artigo dirá se a inclusão de tantas exceções foi sábia

Uma pergunta que podemos fazer é se esta lei, uma vez aprovada, será a lei específica, mencionada no Art. 1052 do Código de Processo Civil, tirando vigor do CPC de 1973:

Art. 1.052. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

A insolvência civil tinha como consequência que o devedor-consumidor perdia “o direito de administrar os seus bens e de dispor deles” (Art. 752 do CPC 1973), agora no CDC e em matéria de superendividamento, o processo é totalmente outro, conciliatório e de plano de pagamento (conciliatório o compulsório) e não concurso universal, e vem totalmente regulado pelo CDC para os consumidores superendividados, não havendo mais a declaração de insolvência de consumidor. Tal norma está prevista expressamente no Art. 104-A:

Art. 104-A...§ 5º O pedido do consumidor a que se refere o caput deste artigo não importará em declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de 2 (dois) anos, contado da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual

repactuação.

Por fim, repitam-se algumas noções sobre o novo processo de superendividamento e suas duas fases:

1 Condições de Abertura do Procedimento: acesso restrito aos consumidores de boa-fé

Como afirmamos antes, poderão se beneficiar das normas atinentes à prevenção e tratamento do superendividamento, os consumidores que se encontrarem em situação de superendividamento entendida como a “impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial” . A definição brasileira tem clara inspiração na Lei Neiertz ao referir que “a situação de superendividamento está caracterizada pela impossibilidade manifesta para o devedor, de boa-fé de enfrentar o conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e a vencer”.

Da leitura se extrai que somente a pessoa física que adquiriu produtos e serviços para o seu consumo é que poderá se beneficiar do procedimento de tratamento do superendividamento. Dívidas oriundas da atividade profissional ficam excluídas do procedimento, o que hoje na França pode ser flexibilizado. Da mesma forma, ficam excluídas as pessoas jurídicas, os comerciantes, artesãos, agricultores e profissionais liberais porque todos já estão albergados por procedimento específico de Recuperação de Empresas. O devedor deve estar de boa-fé, requisito que se presume mas que pode ser afastado se os credores lograrem comprovar a má-fé do devedor que pretende se beneficiar do procedimento.

Neste aspecto, interessante notar que a doutrina francesa discute sobre o momento em que a boa-fé deve ser considerada, distinguindo-a entre contratual e processual.

A boa-fé contratual se refere ao momento do endividamento, deve levar em conta o comportamento contratual do devedor anterior ao procedimento de falência, ou seja, no momento em que o crédito foi contratado.

A boa-fé processual é analisada com base no comportamento do devedor no momento em que requer o tratamento do superendividamento. Nesse sentido, a lei francesa sanciona com a exclusão do procedimento os devedores que prestaram falsas declarações, juntaram documentos inexatos, ocultaram ou desviaram bens dos credores ou agravaram o seu endividamento subscrevendo novos empréstimos.

A leitura do parágrafo 3º do art. 54-A do PL 3515/15 permite concluir que o legislador brasileiro refere-se à boa-fé contratual ao dispor que " Não se aplica ao disposto neste Capítulo ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé ou sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento"

Não haverá maiores dificuldades na apreciação da boa-fé contratual em relação aos superendividados passivos, ou seja, aqueles que sofreram o que os franceses denominam de "acidentes da vida" como o desemprego, divórcio, entre outros eventos imprevistos. Quanto a estes, não haverá necessidade de maiores investigações acerca de sua conduta.

No caso dos superendividados ativos, que acabaram gastando além da sua capacidade de reembolso, teremos que distinguir a situação daqueles que a doutrina denomina como "inconscientes"- cujo endividamento decorreu da dificuldade de calcular o impacto da dívida na sua renda ou que foram vítimas de uma espiral de endividamento num contexto de estímulo ao consumo- daqueles "conscientes" que contraram com a intenção de não pagar o crédito no futuro.

A interpretação conjunta do parágrafo 1º e 3º do art. 54-A do PL 3515/15 deixa clara a intenção de excluir do procedimento apenas os superendividados ativos inconscientes, ou seja, aqueles que agiram de má-fé.

Assim como nos modelos de direito comparado, o PL 3515 não fixou um valor para a caracterização do superendividamento, o que seria inviável diante da multiplicidade de situações que envolvem o tema. A opção pela referência à "impossibilidade manifesta" tal como acontece na legislação francesa, permitirá uma avaliação casuística, levando-se em conta o conjunto de recursos disponíveis do superendividado (bens e renda) para o pagamento das dívidas e o comprometimento de seu mínimo existencial.

2 Fase Conciliatória com ênfase nos planos de pagamento

A Lei 14.181/2021 adotou o modelo bifásico de tratamento do superendividamento com a primeira fase obrigatória de conciliação que pode acontecer dentro ou fora do Poder Judiciário e uma segunda fase judicial, com nítida inspiração no modelo francês.

Na França, o procedimento inicia-se sempre perante a Comissão Administrativa de Superendividamento³¹ que avalia se está caracterizada a situação de superendividamento e, em caso positivo, tenta conciliar as partes, propondo um plano de renegociação das dívidas não-profissionais.

Da mesma forma, o procedimento previsto no CDC inicia pela fase de conciliação das dívidas que pode ser realizada extrajudicialmente pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (PROCONS, Defensorias Públicas e Ministério Público)³² ou no Poder Judiciário.

A fase conciliatória depende de requerimento do devedor e ocorre somente com a presença de todos os credores, na forma do caput do art. 104-A:

“A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com o prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservado o mínimo

³¹ Comissão de Superendividamento é composta por dez membros: um representante do Estado no departamento, o responsável departamental da Direção-Geral de finanças públicas, o representante local do Banco da França, duas personalidades locais escolhidas pelo representante de Estado no departamento mediante uma lista com quatro nomes proposta à Associação Francesa dos Estabelecimentos de Crédito e às Associações Familiares ou de Consumidores, duas personalidades escolhidas pelo representante de Estado no departamento com experiência no domínio da educação social, no domínio jurídico e seus suplentes.

³² Art 104-C do PL 3515/15 dispõe que “Compete concorrentemente 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, no que couber.” Parágrafo 1º Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, preservando o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis”.

existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas."

Do dispositivo supracitado se extrai que haverá uma audiência/sessão de conciliação em bloco entre o devedor e o conjunto de seus credores. O plano de pagamento será construído com a participação de todos os envolvidos.

Segundo Karen Bertoncello, "o ponto alto dessa audiência é justamente a possibilidade de coleta simultânea e/ou sucessiva das propostas na mesma sessão, permitindo que o consumidor superendividado possa escolher, se for o caso, a ordem dos pagamentos, conforme critérios pessoais de capacidade de reembolso ou, até mesmo, da natureza da dívida. Com isso, o conciliador exercerá o papel determinante na renegociação das dívidas e respectivo resgate da saúde financeira do superendividado, na medida em que facilitará essa aproximação com os credores e, acima de tudo, será o veículo pacificador e redutor da frequente confusão mental que o devedor se encontra quando acometido da condição de superendividado."³³

Somente uma conciliação global, envolvendo todos os credores, assegurará que mais credores sejam pagos, ainda que parcialmente, impedindo que a iniciativa isolada de um credor oportunista se aproveite de toda a renda disponível do superendividado deixando-o sem condições de pagar o restante dos credores.

A conciliação em bloco também tem a vantagem de assegurar a reserva do mínimo existencial para o superendividado que deve manter parte da renda para o pagamento de suas despesas de subsistência. A noção do mínimo existencial criada na França está relacionada à dignidade da pessoa humana, trata-se da quantia capaz de assegurar a manutenção das despesas de sobrevivência, tais como, água, alimentação, luz, aluguel, transporte, educação, entre outras.

A preservação do mínimo existencial é o ponto nodal para uma conciliação bem sucedida. Há que se ter muita cautela para não comprometer excessivamente a renda do consumidor no acordo, do contrário, o plano de pagamento está fadado ao descumprimento. O texto legal não traz uma fórmula para o cálculo do mínimo existencial de modo que, enquanto não regulamentado, caberá ao conciliador a avaliação do percentual da renda do devedor que deverá ser reservado para a

³³ BERTONCELLO, Karen D. *Superendividamento do Consumidor: mínimo existencial- casos concretos*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 122.

despesa de subsistência.

A experiência francesa mostrou que a questão mais difícil para a Comissão de Superendividamento era decidir quanto reservar da renda do devedor para o seu sustento e de sua família durante o período do acordo. Apesar do consenso de que a totalidade da renda do devedor não pode ser destinada ao pagamento das dívidas, sob pena de comprometer a sua sobrevivência, a questão chave é quanto ou qual o percentual da renda do devedor é necessário reservar para o pagamento das suas despesas de subsistência ³⁴.

No que se refere a conteúdo do acordo, o parágrafo 4 ° do art. 104-A estabelece que poderão constar no plano de pagamento:

I-- medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou daremuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida;

II- referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso;

III- data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes;

IV- condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

³⁴ Segundo relata Kilborn, pesquisa realizada em 2001, pelo Banco da França, verificou-se que o *reste a vivre* nas Comissões mais generosas girava em torno de 500 dólares por mês para um devedor solteiro, 700 dólares por mês para casais sem filhos e 1.000 dólares por mês para casais com dois filhos. As Comissões francesas menos generosas apertavam ainda mais o orçamento reduzindo esses valores para 300 dólares mensais para devedores solteiros, menos de 500 dólares mensais para casais e em torno de 800 dólares mensais para casais com dois filhos. Para remediar essa situação, a lei de 29.07.1998, sobre a exclusão social, introduziu o conceito de *reste a vivre* (RAV), definindo-o como "uma parte dos recursos necessários para as despesas correntes do lar" (art. L. 331-2 do Código do Consumo). Depois, a Comissão francesa, ao elaborar um plano de pagamento consensual ou recomendar medidas ao juiz, terá que reservar ao devedor uma quantia para o pagamento das despesas do lar como eletricidade, gás, água, alimentação e escolaridade, conforme os limites previstos por decreto. Após ouvir os especialistas na área da assistência social e economia familiar, a Comissão fixa o valor correspondente aos recursos necessários à subsistência do devedor que pode variar de acordo como o número de integrantes da família e conforme o custo de vida da província onde instalada a Comissão. De todo modo, esse valor não pode ser inferior ao *revenu minimum d'insertion* (RMI) e o montante dos reembolsos impostos ao devedor não pode ultrapassar a parte impenhorável de seu salário. Resulta que o valor fixado para o *reste a vivre* ficará compreendido entre o RMI e a parte impenhorável do salário fixada pelo art. L. 145-2 do Código do Trabalho. KILBORN, J. Comparative Consumer Bankruptcy, 2007., p. 30.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008150.

Logo, independentemente do valor das dívidas ou do grau de endividamento do consumidor, as medidas que serão acordadas poderão contemplar desde um parcelamento maior para o pagamento até moratórias, podendo chegar à redução da remuneração do credor. Embora os credores sejam mais resistentes em relação a medidas mais generosas, nada impede descontos.

Adotou-se o prazo máximo de 5 anos para o plano de pagamento, por se entender que prazos de 10 anos como o previsto na legislação francesa tendem a ser descumpridos porque oneram o orçamento do consumidor por muito tempo além de incorrer no risco de descumprimento por eventos supervenientes (desemprego, separação, problemas de saúde).

A ênfase na conciliação reforça a cultura da cooperação e do pagamento das dívidas, o que já havia apresentado bons resultados na prática pioneira das conciliações realizadas nas Defensorias Públicas, Procons assim como no Judiciário, a exemplo do TJRS, TJPR, TJBA, TJPE, TJSP, TJDFT.³⁵

As iniciativas citadas demonstram que é salutar a incorporação de uma fase conciliatória no tratamento do superendividamento e que os resultados só não são melhores porque os credores não estão obrigados a comparecer, sua ausência não acarreta nenhuma consequência legal.

Na Lei 14.181/2021 que modifica o CDC, a conciliação será obrigatória, havendo sanções³⁶ para incentivar os credores a comparecer nas audiências com propostas de renegociação mais adequadas ao orçamento do devedor a fim de ajustar um plano de pagamento consensual, evitando a fase judicial na qual teria que se submeter a um plano de pagamento imposto pelo juiz.

3 Fase Judicial bifásica de revisão e planos de pagamento

O processo de superendividamento para revisão e integração dos contratos se instaura somente em relação aos credores que não conciliaram na primeira fase

³⁵ Veja MARQUES, Claudia Lima. Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores. Principais resultados de um estudo empírico de 5 anos em Porto Alegre. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.) *Direitos do Consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: ED RT, 2016. p. 264-290.

³⁶ Bruno Miragem tem chamado de revisão-sanção, expressão bastante pedagógica. Veja MIRAGEM, Bruno. A lei do crédito responsável altera o Código de Defesa do Consumidor. Migalhas, de 9.07.2021.

e depende de pedido do devedor. Veja-se o disposto no art. 104-B:

Se não houver êxito na conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório e procederá à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

Esta fase do procedimento também tem duas fases, uma a revisão-sanção (Bruno Miragem) e a segunda de inspiração na filosofia francesa. que foca no pagamento dos credores,³⁷ mas preservado o mínimo existencial (*'restre a vivre'*) nestes planos de pagamento³⁸.

Na fase judicial, as partes estarão submetidas ao plano de pagamento elaborado pelo juiz com o auxílio de um administrador, podendo contemplar as medidas de dilação de prazo para pagamento até a redução dos encargos da dívida.

Embora o texto legal não faça referência à ordem no pagamento dos credores, o plano judicial deve priorizar o pagamento daqueles que acordaram na fase consensual, de modo a incentivar a cultura da cooperação.

O parágrafo 4 estabelece limites objetivos ao plano judicial compulsório que deverá: a) assegurar aos credores, no mínimo, o valor principal devido corrigido monetariamente por índices oficiais de preço; b) liquidação total da dívida em no máximo 5 (cinco) anos; c) primeira parcela da dívida no prazo máximo de 180 (cento

³⁷ Jason Kilborn entende que esse modelo parece ter mais foco no aspecto educativo do processo em vez do retorno econômico para os credores, salientando que: "(...) ao menos para os devedores, estes sistemas requerem um aprendizado ativo sobre as consequências, os custos e as responsabilidades em fazer empréstimos em demasia. Submetidos a muitos anos de receita perdida (ou de potencial perda de receita), irão provavelmente gravar na mente do consumidor, reingressado na economia de crédito aberto. Isto é educação do devedor de um modo muito significativo. Além disso, este aprendizado ativo pode nivelar o aprendizado passivo, representado por aconselhamento de crédito, particularmente se este aconselhamento focar na parte de alerta aos devedores sobre os preconceitos comportamentais que os seduziram aos problemas. Por último, os sistemas de plano de pagamento enviam mensagens mais construtivas a devedores, consumidores em potencial, sobre os custos e as responsabilidades do crédito". MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, p.86.

³⁸ Veja CARVALHO, Diógenes Faria de. SILVA, Frederico Oliveira Silva . Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *restre à vivre*. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 118/2018, p. 363 – 386, Jul - Ago / 2018.

e oitenta) dias contado de sua homologação judicial; d) o restante do saldo devido em parcelas iguais e sucessivas.

Ao referir expressamente que o plano deve assegurar o valor principal da dívida, o legislador deixou claro que não recepcionou a medida do perdão das dívidas que é admitida na legislação de outros países, inclusive na França cuja legislação incorporou o perdão das dívidas somente em 29.07.1998, após uma década de vigência da Lei Neiertz devido à constatação de que as medidas ordinárias de parcelamento das dívidas e de redução de juros não eram suficientes para superar os problemas financeiros em casos mais graves³⁹.

A possibilidade do devedor se desonerar de uma dívida contratada faz parte do debate contemporâneo nos sistemas internacionais de insolvência, pois desafia fundamentalmente aspectos éticos e jurídicos sobre os quais se construíram as relações jurídico-econômicas.

Segundo Catarina Frade, argumentos poderosos e convincentes, quando considerados pela primeira vez, são utilizados por setores econômicos e da justiça contrários à exoneração das dívidas em favor de devedores insolventes, baseados em dois pressupostos: " por um lado, de que e está a criar insegurança jurídica para as transações econômicas e a desestimular a concessão de crédito ao permitir que os contratos possam não ser integralmente cumpridos; por outro, de que se incentivam os devedores a negligenciar uma gestão financeira saudável e responsável, ao dar-lhes a hipótese de se livrarem de algumas das suas dívidas se as coisas não correrem de feição. E isso levará, no fim das contas, a um

³⁹ Jason Kilborn relata que "A primeira década de experiência com a nova lei, revelou que 'sucesso' neste sistema levemente intrusivo, muitas vezes mascarava o fracasso. Não tendo outra opção, as comissões recomendavam medidas paliativas ineficazes que acabavam gerando o efeito preocupante de 'porta giratória'. Um número substancial de devedores acessaria o sistema para obter um plano consensual ou imposto pelo tribunal com medidas de alívio ordinárias e, mais cedo ou mais tarde, descumpriam o plano. A lei, inicialmente, não possibilitava a moderação dos pagamentos que eram inviáveis para o devedor tendo em vista o seu passivo elevado e a sua capacidade financeira limitada. Então, após descumprir o primeiro plano, os devedores peticionariam novamente buscando alívio e o processo se repetiria com pouca chance de sucesso. Estudos legislativos do sistema revelaram uma incidência surpreendentemente elevada de tal 'reincidência'. Sem o alívio real do perdão parcial das dívidas, estes devedores não teriam outra escolha que não fosse passar pela porta giratória para buscar novas medidas de parcelamento". Comparative Consumer Bankruptcy, 2007., p. 65. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008150, Acesso em: 15 jul. 2020.

encarecimento do dinheiro para todos os que cumprem⁴⁰."

A Comissão de Juristas do Anteprojeto de Atualização do CDC considerou que o modelo norte-americano do "fresh start" (falência total, com o perdão das dívidas, após a venda de tudo, de forma a permitir o começar de novo deste consumidor "falido" e sua reinclusão no consumo) no Brasil, uma sociedade que já conhece leis do bem de família e de limites à liquidação dos bens dos consumidores⁴¹.

Somente a experiência com o tratamento do superendividamento, uma vez aprovada a Lei, vai nos mostrar se as situações mais graves de devedores sem bens e sem renda justificarão avançar com aprovação de medidas extraordinárias que incluem a moratória e o perdão parcial das dívidas assim como ocorreu na França.

Todos os contratos que integram o plano de pagamento estarão sujeitos à revisão judicial que poderá afastar as cláusulas abusivas.

Ainda neste momento, impõe-se o controle pelo juiz "se o crédito foi concedido de forma responsável ou abusiva, sem informações, sem esclarecimento, sem as formalidades exigidas por lei (por escrito com direito de arrependimento), ou sem conhecer o consumidor e sua capacidade econômica, como forma de cobrar juros maiores ou de ter o consumidor como um eterno devedor"⁴². Nesse caso, os deveres de informação, aconselhamento e de crédito responsável, disciplinados no art. 54 D, que é talvez a norma principal que une a primeira e a segunda parte da Lei 14.181/2021:

Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deve, entre outras condutas:

– informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

⁴⁰ O perdão de dívidas na insolvência das famílias. SANTOS, Ana Cordeiro (org). *Família Endividadas: uma abordagem da economia política e comportamental: causas e consequências*. Coimbra: Almedina, 2015.

⁴¹ SENADO FEDERAL, Atualização do Código de Defesa do Consumidor- Relatório, Presidência do Senado Federal, Brasília, 2012, p. 133.

⁴² SENADO FEDERAL, Atualização do Código de Defesa do Consumidor- Relatório, Presidência do Senado Federal, Brasília, 2012, p. 139.

- avaliar, de forma responsável, as condições de crédito do consumidor, mediante análise das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados;
- informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito.

Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

Portanto, o procedimento de tratamento proposto no PL 1805 inova, principalmente, pela abordagem global do superendividamento, o conjunto das dívidas é considerado tanto nas conciliações em bloco (com todos os credores), quanto no plano de pagamento judicial, permitindo soluções adequadas para os casos de superendividamento como já ocorre nas sociedades de consumo consolidadas.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Realmente, um dos efeitos negativos observados pela expansão do crédito foi o crescimento no nível de endividamento dos consumidores, tanto em países em desenvolvimento como nos desenvolvidos. Antes da COVID-19, a instabilidade do país já trazia elevadas taxas de juros praticadas no país, mas após a crise, a redução de renda, o desemprego, a doença, as mortes, as separações, todos são fatores que contribuem para o superendividamento dos consumidores e conseqüente instabilidade financeira do país, que ganha agora um sopro de vida com a Lei 14.181/2021.

Note-se, porém, que o Projeto de Atualização do CDC não se esgota na Lei 14.181/2021. Ainda temos de atualizar o CDC para o mundo digital, ainda mais agora com a futura aprovação do Marco Legal da Inteligência Artificial. O PL 3514,2015, o

outro projeto oriundo da Comissão de Juristas que não foi ainda aprovado traz também regras sobre o diálogo com a LGPD, sobre contratação à distância e sobre os serviços financeiros online, temas que têm despertado muitos problemas em especial durante a pandemia da COVID.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio H. MARQUES, Cláudia Lima. Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 92, p. 303-366, mar./abr. 2014.

BENJAMIN, Antônio H. Prefácio. In: LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014.

BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. *Comentários à Lei 14.181/2021: A atualização do CDC em matéria de superendividamento*. São Paulo: Ed. RT, 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman *et al.* *Atualização do Código de Defesa do Consumidor: anteprojetos-relatório*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2012, p. 23 e seg.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor - mínimo existencial - casos concretos*. São Paulo: RT, 2015.

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

LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto Conciliar é Legal (CNJ): projeto piloto "Tratamento das situações de superendividamento do consumidor". *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 63, p.173-201, jul./set.2007.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Conciliação aplicada ao superendividamento: estudos de casos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 71, p. 106-141, jul./set. 2009.

LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen. D. *Superendividamento aplicado*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 269.

MARQUES, C. L. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. In: Stoco, Rui.

(Org.). *Doutrinas essenciais: dano moral*. 1. ed. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 973-1023.

MARQUES, C. L. Schutz der Schwächeren im Privatrecht: Eine Einführung. In: Lena Kunz; Vivianne Ferreira Mese. (Org.). *Rechtssprache und Schwächerenschutz*. 1ed. Heidelberg: Nomos, 2018, p. 78 e seg.

MARQUES, Claudia Lima. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. (Org.). *Novas tendências do Direito do Consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 46-87.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. Ed. São Paulo: RT, 2019.

MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, Idosos e o Superendividamento dos Consumidores: cinco anos de dados empíricos do Projeto-Piloto em Porto Alegre. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 100, p. 393-423, jul.-ago. 2015.

MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: Cláudia Lima Marques; Rosângela Lunardelli Cavallazzi. (Org.). *Direitos do Consumidor endividado: Superendividamento e Crédito*. 1. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 255-309.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. Consumer over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer bankruptcy legislation. In: NIEMI, J.; RAMSAY, I.; WHITFORD, W. C. (ed.). *Consumer credit, debt and bankruptcy – Comparative and international perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 55-73.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (Org.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Notas sobre as Conclusões do Relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen D. Prevenção e tratamento do superendividamento. *Caderno de Investigações Científicas 1*, Brasília, DPDC/SDE, 2010, p. 9 e seg.

MIRAGEM, Bruno. A lei do crédito responsável altera o Código de Defesa do Consumidor. *Migalhas*, de 9.07.2021.

SANTOS, Ana Cordeiro (org). *Família Endividadas: uma abordagem da economia política e comportamental: causas e consequências*. Coimbra: Almedina, 2015.

SENADO FEDERAL. *Atualização do Código de Defesa do Consumidor - Relatório*, Presidência do Senado Federal, Brasília, 2012.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas, mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 193, p. 13-25, mar. 2011.

**ARTIGOS I JORNADA DE PESQUISA CDEA:
SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**

2. LIMITES CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AOS IDOSOS CONTRA O SUPERENDIVIDAMENTO E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ADI 6.727



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-02>

*Isadora Machado Pereira*¹

*Fernando José Resende Caetano*²

RESUMO

O trabalho objetiva o estudo do acesso ao crédito consignado pela população de faixa etária mais elevada tendo em vista sua hipervulnerabilidade e o crescente aumento do superendividamento frente estes. Na sequência, pretende-se aprofundar na ADI 6.727 que objetiva a declaração da inconstitucionalidade de lei que restringe a contratação do de crédito consignado pelos idosos de forma telefônica. A análise dos fatores de concessão e da legislação pertinente se faz necessária para visualização do cenário brasileiro dos limites e dos princípios que exsurtem.

Palavras-Chave: superendividamento dos idosos, hipervulnerabilidade do consumidor, ADI 6.727, competência Constitucional, empréstimo consignado.

ABSTRACT

The work aims to study the access to payroll-deductible credit by the population of a higher age group, in view of their hyper vulnerability and the increasing increase in over-indebtedness against these. In the sequence, it is intended to go deeper into ADI 6.727, which aims to declare the unconstitutionality of a law that restricts the contracting of payroll deductible loans by the elderly by telephone. The analysis of

¹ Mestranda em Direitos Públicos pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogada.

² Mestrando e graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Servidor público. Advogado.

the concession factors and the pertinent legislation is necessary to visualize the Brazilian scenario of the limits and principles that emerge.

Keywords: over-indebtedness of the elderly, consumer hypervulnerability, ADI 6.727, Constitutional jurisdiction, payroll loan.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O superendividamento dos idosos; 3. A (in)constitucionalidade das medidas protetivas e a ADI 6.727; 3.1. Legislação atual; 3.2 Competências constitucionais e a proteção do Idoso no mercado financeiro. 4. Considerações finais. Referências

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal como ordenamento máximo do Estado preconiza a igualdade formal entre todos os brasileiros. Todavia, sabe-se que, por inúmeras questões, a diversidade e a diferença são fatores preponderantes na obtenção da igualdade material, por esse aspecto, a lei busca inúmeras vezes diferenciar para igualar. O Estatuto do Idoso é um grande exemplo legislativo que demonstra a vulnerabilidade dos tutelados frente a sociedade. Esta lei configura dentre “vantagens” legais e punições específicas uma isonomia frente aos cidadãos de outras faixas etárias.

No que concerne ao foco deste trabalho, o combo idoso e consumidor resulta em grande preocupação jurídica já que a suscetibilidade aos riscos do mercado é maior. Segundo o IBGE, a população idosa, ou seja, maior de 60 anos, compõe a marca de mais de 31,5 milhões de pessoas no Brasil³. Tal dado demonstra a hodiernidade e a premência de estudar e debater a legislação de controle de crédito frente a crescente população idosa.

Os idosos são a segunda categoria que mais deve no crédito consignado. O saldo da modalidade de crédito pessoal consignado chegou a R\$ 129,3 bilhões em

³ IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua anual de 2018*. Disponível em: <http://www.jornal3idade.com.br/?p=24722>. Acesso em: 01 mar. 2021.

fevereiro de 2019. O valor da dívida per capita, de R\$ 4.129, equivale a 2,3 vezes a renda média dos beneficiários, que é de R\$ 1.750 por mês. Outro dado é que "os idosos fazem parte do rol que reúne sessenta e dois milhões de endividados, trinta milhões de superendividados, compondo núcleos familiares de consumidores responsáveis por sessenta e quatro por cento do PIB nacional"⁴. Os números acima demonstram a grandiosidade das dívidas e das operações de consignados.

Recentemente, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) ingressou no Supremo Tribunal Federal (STF), com Ação Direta De Inconstitucionalidade (ADI), contra lei estadual do Paraná que proibiu as instituições financeiras de oferecer e celebrar contratos de empréstimo com aposentados e pensionistas, por meio de ligações telefônicas ("telemarketing"). Sobre a constitucionalidade ou não da medida e as legislações que abarcam o tema, a pesquisa busca analisar o seguinte problema: a proteção aos idosos no âmbito do mercado de crédito fere a livre iniciativa? O objetivo da pesquisa é realizar o sopesamento entre os mecanismos de proteção aos idosos consumidores presentes na Lei nº 20.276/2020 e o princípio da livre iniciativa. Em relação à metodologia, utilizou-se o método indutivo e a pesquisa bibliográfica.

Para entender melhor o cenário é necessário volver-se aos primórdios legais que concernem o tema. Ao que propõe esta pesquisa, procurar-se-á desenvolver na primeira parte deste trabalho o contexto do superendividamento dos idosos e sua hipervulnerabilidade no mercado de consumo. Em um segundo momento, analisar-se-á a legislação que abarca o tema e *a posteriori* a ADI 6.727 e sua (in)constitucionalidade dentro do ordenamento.

2 O SUPERENDIVIDAMENTO DOS IDOSOS

O endividamento é um fenômeno comum no cotidiano das pessoas. A todo o momento, os consumidores contraem dívidas com supermercados, farmácias e

⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues; MARQUES, Claudia Lima. Superendividamento de idosos: a necessidade de aprovação do PL 3515/15. *Conjur*, 27 de maio de 2020.

cartões de crédito para poderem adquirir produtos e serviços⁵. A oferta de crédito contribui para o aquecimento da economia e permite que as pessoas acessem bens que antes não teriam condições de comprar.

Diante deste cenário, observa-se que o comportamento econômico dos brasileiros caracteriza uma economia de endividamento, já que se gasta todo o orçamento familiar no consumo básico e, para adquirir bens de maior valor, recorre-se ao crédito⁶. Esse fato pode ser observado na Pesquisa de Orçamentos Familiares (2017-2018) feita pelo IBGE em que, nas famílias com renda de até 2 salários mínimos, 92,6% do orçamento é comprometido em despesas correntes, sendo que 61% é destinado para alimentação e moradia⁷.

Nesse sentido, sabe-se que o acesso ao crédito é importante para a economia e para o consumo das famílias, no entanto, o crédito torna-se uma preocupação quando é feito de maneira irresponsável, podendo causar o superendividamento e a consequente exclusão do mercado de consumo⁸. Esta exclusão acontece quando o consumidor não consegue pagar suas dívidas e tem o nome negativado nos cadastros de proteção ao crédito, ficando impedido de contratar novamente.

O superendividamento pode ser classificado em duas espécies: ele é passivo quando o consumidor não contribuiu ativamente para a situação de insolvência, como divórcio, morte na família, desemprego, doença ou acidente. Por outro lado, é ativo na medida que o consumidor abusa do crédito e consome além da sua renda, de modo que, mesmo em condições normais não teria como quitar suas dívidas⁹. Essa diferenciação é importante para se buscar soluções para o problema do superendividamento, já que em alguns casos, a educação financeira poderia preveni-

⁵ MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 75/2010, p. 9-42, Jul-set/2010.

⁶ MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 75/2010, p. 9-42, Jul-set/2010.

⁷ IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua anual de 2018*. Disponível em: <http://www.jornal3idade.com.br/?p=24722>. Acesso em: 01 mar. 2021.

⁸ MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 75/2010, jul-set/2010.

⁹ MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 75/2010, jul-set/2010.

lo e, em outros, é necessária uma proteção legislativa, já que foram fatores alheios à vontade do sujeito que o colocaram na situação de insolvabilidade.

No Brasil, as discussões sobre o tema se intensificaram em 2010, quando foi instituída uma comissão de juristas, presidida pelo Min. Antônio Herman Benjamin, que elaborou uma proposta de atualização do Código de Defesa do Consumidor, em que são apresentadas medidas de prevenção ao superendividamento. Em junho de 2021, a proposta foi aprovada no Congresso Nacional¹⁰ e aguarda a sanção presidencial.

O recém aprovado projeto de lei acrescenta o capítulo "Da prevenção e do tratamento do superendividamento". Em seu art. 54-A, §1º, é trazido o conceito de superendividamento:

Art. 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.¹¹

Como forma de tratar o superendividamento, a proposta permite que o consumidor renegocie suas dívidas com todos os credores em audiência de conciliação ou no âmbito de órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. A proposta modifica o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, instituindo como garantias básicas do consumidor:

¹⁰ O projeto de lei que previne o superendividamento de consumidores iniciou a tramitação no Senado Federal, sendo aprovado pelo plenário em 28 de outubro de 2015. Em seguida, a matéria foi enviada à Câmara dos Deputados, onde tramitou como Projeto de Lei nº 3.515, de 2015, logrando aprovação em 11 de maio de 2021. Devido às modificações feitas pela Câmara, a matéria retornou ao Senado Federal para exame e deliberação final, tendo tramitado como Projeto de Lei nº 1.805, de 2021, sendo aprovado no dia 09 de junho de 2021.

¹¹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei nº 1.805 de 2021*. Altera as Leis nºs 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, e a Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148400>. Acesso em: 20 maio. 2021.

(i) a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas; (ii) a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito; e (iii) o direito à informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tais como por quilo, litro, metro ou outra unidade, conforme o caso¹².

Assim como o supracitado projeto de lei, a Lei 20.276/2020 do Paraná também visa proteger o consumidor no âmbito do mercado de crédito, regulando a oferta de crédito consignado ao idoso por meio do telemarketing.

Primeiramente, é importante salientar que o crédito consignado é aquele descontado diretamente no salário ou aposentadoria. O diferencial dessa modalidade de empréstimo é que, por apresentar baixo risco de inadimplência aos bancos, possui juros menores e é concedido rapidamente.

Nesse sentido, os aposentados representam significativa parcela dos contratantes do crédito consignado, uma vez que eles possuem rendimentos fixos e frequentemente precisam se endividar. As possíveis causas desse endividamento decorrem da necessidade de alimentação especial, planos de saúde e medicamentos. Além disso, é frequente a tomada de empréstimos para auxiliar familiares, já que muitos idosos são os principais responsáveis pelo sustento da família¹³.

Diante do exposto, é imperioso verificar que a participação do idoso no mercado de consumo requer alguns cuidados, uma vez que além da vulnerabilidade comum a todos os consumidores (art. 4º, I do CDC), o idoso apresenta outros fatores de risco que agravam sua situação.

A vulnerabilidade do idoso advém de condições características dessa faixa

¹² Ibid.

¹³ Levantamento realizado em todas as capitais pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) e pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil), em parceria com a Offer Wise Pesquisas, mostra que 91% dos brasileiros com mais de 60 anos contribuem financeiramente para o sustento da casa, sendo que 52% são os principais responsáveis, um aumento de 9 pontos percentuais em relação a 2018.

etária, como eventuais problemas de saúde, estado físico fragilizado, dificuldade de ler e interpretar contratos e termos técnicos, dificuldade de acompanhar as mudanças constantes da sociedade, entre outras¹⁴. A respeito da vulnerabilidade agravada dos idosos nas relações de consumo, Bruno Miragem esclarece:

A vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores.¹⁵

Nesse sentido, os idosos são muito mais vulneráveis que os consumidores padrão, pois cerca de 30% deles são analfabetos e mais da metade tem menos de 4 anos de estudo formal. Logo, os idosos estão no mercado de crédito sem a adequada educação financeira e ainda com um forte assédio de consumo¹⁶. Assim, é importante reconhecer as necessidades desse grupo social para que seja estabelecido um tratamento legal diferenciado com a finalidade de se alcançar a almejada igualdade material.

Portanto, diante do acúmulo de fatores que fragilizam este cidadão, configura-se uma vulnerabilidade mais grave, a qual se convencionou chamar de hipervulnerabilidade¹⁷. O termo é usado para aqueles que possuem uma condição especial como idosos, crianças, deficientes mentais, analfabetos, que são pessoas ainda mais expostas às práticas mercadológicas.

¹⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 2, n. 4, dez. 2012, p. 129.

¹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 66.

¹⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues; MARQUES, Claudia Lima. Superendividamento de idosos: a necessidade de aprovação do PL 3515/15. *Conjur*, 27 de maio de 2020.

¹⁷ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017 p. 547.

A jurisprudência brasileira também reconhece a condição de hipervulnerabilidade do idoso nas relações consumeristas. Essa circunstância especial é relevante, pois esse consumidor é constantemente alvo de práticas abusivas realizadas pelos fornecedores na contratação de crédito¹⁸. O seguinte julgado do TJRJ retrata a situação:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DO CONSUMIDOR. TUTELA ANTECIPADA. EMPRÉSTIMO NÃO RECONHECIDO. IDOSA. SUSPENSÃO DA COBRANÇA. Pretende a recorrente a revogação da decisão que, em antecipação dos efeitos da tutela, determinou a suspensão da cobrança ao cliente de parcelas de empréstimo. No caso, o consumidor sustenta a inexistência de relação jurídica com a instituição financeira. Realização de depósito judicial pelo autor da importância disponibilizada pela ré em sua conta corrente. Considera-se a probabilidade do direito alegado, além do risco de dano à parte agravada. Destaca-se que a parte agravada é pessoa idosa, percebendo um benefício previdenciário de apenas R\$ 954,00, portanto hipervulnerável, sendo alvo frequente de empresas que oferecem empréstimos em condições muitas vezes questionáveis, o que exige maior cautela na análise de contratos de adesão firmados no mercado de consumo. Quantia descontada que se mostra ínfima face ao tamanho e ao porte econômico da agravante e principalmente comparando ao módico benefício previdenciário da recorrida. Mantida a decisão agravada. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ - Acórdão Agravo de Instrumento 0041240-37.2018.8.19.0000, Relator(a): Des. Peterson Barroso Simão, data de julgamento: 29/08/2018, data de publicação: 29/08/2018, 3ª Câmara Cível)

O julgado destaca a condição de hipervulnerabilidade dos idosos e chama a atenção para as condições questionáveis dos contratos de empréstimos firmados com eles. O problema é tão frequente que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro possui uma comissão sobre o superendividamento no Núcleo de Defesa do Consumidor (Nudecon). Essa comissão fez um estudo do perfil dos assistidos

¹⁸ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017 p. 548.

superendividados e ele mostra que "o maior número de consumidores se concentra na faixa de 70 anos ou mais (29,35%), seguida pelas faixas de 55 a 59 anos (18,48%) e 60 a 69 anos (16,3%). Juntas, essas três faixas correspondem a 64,13% dos consumidores"¹⁹.

Diante da necessidade de tutela do idoso no âmbito do mercado de crédito, a Lei paranaense nº 20.276/2020 proibiu que as instituições financeiras celebrassem contratos de empréstimo com aposentados e pensionistas por telefone, nos casos de telemarketing ativo, ou seja, quando a empresa liga para o consumidor. Tal lei é um avanço na proteção do consumidor idoso, já que ele é constantemente assediado com a finalidade de celebrar esse tipo de contrato.

No âmbito internacional, muitos países têm leis de proteção ao consumidor no mercado de crédito. A França tem leis de combate à usura dos bancos e financeiras; os Estados Unidos têm leis de falência dos consumidores pessoas físicas não comerciantes; leis sobre crédito ao consumidor e concessão responsável do crédito a pessoas físicas, como os 27 países da União Europeia²⁰. O recém aprovado projeto que altera o CDC e previne o superendividamento adota medidas como a repactuação de dívidas (art. 104-A), que pode ajudar o consumidor a retomar sua solvabilidade.

Tendo como base os conceitos de superendividamento e de hipervulnerabilidade do idoso no mercado de consumo, na segunda parte deste trabalho, será analisada a ADI 6.727, proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), que contesta a lei do estado do Paraná nº 20.276/2020 perante o Supremo Tribunal Federal.

¹⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Perfil do consumidor superendividado e a atuação da defensoria pública na renegociação da dívida. Rio de Janeiro, 2018.

²⁰ MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 75/2010, jul-set/2010.

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS E A ADI 6.727

3.1 Legislação atual

Para entender melhor o tema é compreensivo que volte aos fundamentos da questão. O crédito consignado surgiu há dezoito anos através de uma lei do sancionada no governo Lula (Lei n.º 10.820, de 17 de dezembro de 2003) visava inicialmente o trabalhador e foi motivo de medo entre o setor financeiro que não julgava benéfico esse tipo de mútuo²¹. Mas a primeira impressão passou e atualmente é uma das operações financeiras mais seguras quanto ao recebimento e contratadas com grande voracidade no país.

Sobre os motivos que levaram o empréstimo consignado a popularidade, pode-se citar que para o mutuário seriam as taxas de juros mais baixas do que as outras opções de crédito do mercado, e, para os bancos seria o recebimento é certo, já que o pagamento é descontado automaticamente da folha de pagamento, e é responsabilidade da empregadora, do sindicato, ou do órgão da administração pública intermediadora do negócio, como o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS²².

Sabe-se que o direito contratual se fundamenta nas garantias do equilíbrio contratual, da função social do contrato e da boa-fé objetiva, com escopo de assegurar a isonomia entre as partes contratantes, superando desigualdades intrínsecas às relações de consumo. A normas que regulam o sistema financeiro de consumo de crédito, para além das determinadas no ordenamento constitucional, são emanadas pelo Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional (CMN).

Ademais, sobre os servidores públicos ativos da administração direta e indireta, o Banco central prevê a “possibilidade de a instituição consignatária debitar

²¹ PORTO, Elisabete Araújo. Evolução do crédito pessoal no Brasil e o superendividamento do consumidor aposentado e pensionista em razão do empréstimo consignado. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. p. 108.

²² PORTO, Elisabete Araújo. Evolução do crédito pessoal no Brasil e o superendividamento do consumidor aposentado e pensionista em razão do empréstimo consignado. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. p. 108-109.

da conta do trabalhador os valores relativos às parcelas que não foram descontadas em folha de pagamento, por ausência de margem consignável"²³, ou seja, há uma grande amplitude para a concessão do empréstimo consignado. Outro ponto relevante é a possibilidade de redução dos juros vez que há competitividade entre as instituições e liberdade de contratação.

Já quanto aos aposentados e pensionistas, o INSS é o órgão responsável pela edição de normas regulamentadoras da concessão de crédito consignado no âmbito dos segurados do Regime Geral de Previdência Social. Assim, pelo rendimento previsível e controle do crédito por órgão regulador, "o consignado passou a alcançar um público até então desdenhado pelo mercado de crédito e que se tornou seu principal consumidor"²⁴.

No que se refere ao empréstimo consignado, a margem é de até 30% sobre o valor do benefício, após as deduções obrigatórias. Recentemente, o atual presidente da República, Jair Bolsonaro, sancionou a Lei 14.131, tal mandamento aumentou as margens de crédito saindo de 35% para 40% o limite da margem de crédito consignado para aposentados e pensionistas do INSS com base no valor do benefício, obrigatoriamente 5% deve ser destinado para cartão de crédito²⁵. Ao contrário do consenso dos estudiosos sobre o superendividamento, o presidente estendeu o limite, isso com base na situação pandêmica que agrava a realidade, já por vezes dura, a temporalidade de vigência da lei reforça esse argumento ao restringir a validade do aumento até o último dia do ano de 2021. Outro ponto que a nova legislação trouxe foi a extensão da medida para servidores e empregados públicos das esferas federal, estadual e municipal, além de militares das Forças

²³ PORTO, Elisabete Araújo. Evolução do crédito pessoal no Brasil e o superendividamento do consumidor aposentado e pensionista em razão do empréstimo consignado. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. p. 111.

²⁴ PORTO, Elisabete Araújo. Evolução do crédito pessoal no Brasil e o superendividamento do consumidor aposentado e pensionista em razão do empréstimo consignado. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. p. 109.

²⁵ AGÊNCIA SENADO. Senado Notícias. *Nova lei amplia limite de consignado para aposentados durante pandemia.* Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/31/nova-lei-amplia-limite-de-consignado-para-aposentados-durante-pandemia>. Acesso em: 01 mar. 2021.

Armadas, ativos e inativos, e policiais e bombeiros militares, caso não haja lei específica sobre tais profissionais.

Outra inovação da Lei 14.131 foi a possibilidade de suspensão do consignado por um prazo de até quatro meses, isso sem alteração dos juros, fato que possibilitaria um respiro do mutuário²⁶. Apesar das boas intenções da lei o aumento do crédito tende a ser um aumento no valor do superendividamento dos idosos com um maior comprometimento da renda mensal fixa de até quase metade do valor do benefício, que é por vezes a única fonte de sustento.

Sobre o superendividamento, é imprescindível da Lei nº 14.181/2021, que atualiza Código de Defesa do Consumidor no que garante o posicionamento internacional sobre o superendividamento, também introduz no direito brasileiro a figura do combate ao 'assédio de consumo'. Nesse sentido, pode-se definir assédio de consumo como "estratégias assediosas de marketing muito agressivas, que pressionam os consumidores, e o marketing focado em grupos de pessoas [...] mais vulneráveis do mercado, como os idosos e aposentados em casos de créditos"²⁷.

Segundo Martins e Marques, o projeto abrange a proteção da pessoa humana em situação de superendividamento e detém uma abordagem solidarista e cooperativista com os princípios constitucionais que garantem o ordenamento nacional²⁸.

É importante salientar que, apesar da proteção dada aos idosos e das conquistas jurisprudenciais importantes, "salta aos olhos que, sobretudo, em relação ao crédito, a proteção do idoso ainda é lacunosa e fica mais precária neste momento de pandemia"²⁹. Os governos tanto municipais, estadual quanto federal se veem desorientados quanto as políticas públicas que devem tomar para proteger e

²⁶ AGÊNCIA SENADO. Senado Notícias. *Nova lei amplia limite de consignado para aposentados durante pandemia*. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/31/nova-lei-amplia-limite-de-consignado-para-aposentados-durante-pandemia>. Acesso em: 01 mar. 2021.

²⁷ MARQUES, Claudia Lima; BARBOSA, Fernanda Nunes. A proteção dispensada à pessoa idosa pelo direito consumerista é suficiente como uma intervenção reequilibradora? *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. p. 4. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/430>. Acesso em: 01 mar. 2021.

²⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues; MARQUES, Claudia Lima. Superendividamento de idosos: a necessidade de aprovação do PL 3515/15. *Conjur*, 27 de maio de 2020.

²⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues; MARQUES, Claudia Lima. Superendividamento de idosos: a necessidade de aprovação do PL 3515/15. *Conjur*, 27 de maio de 2020.

sustentar alguns setores. É por esse motivo que, a proteção do idoso na contratação do crédito via telemarketing gerou o questionamento quanto a constitucionalidade. Foi uma lei confeccionada com a proteção em um cenário de maior risco, mas o paternalismo do Estado e a interferência na legislação federal não foi demasiada? Sobre tal ponto, o cerne deste trabalho, faz-se necessário adentrar no âmbito das competências dos entes federativos.

3.2 Competências constitucionais e a proteção do Idoso no mercado financeiro

Cada Ente Federado tem determinações e competências que devem seguir para legislar, julgar e executar. Segundo Gilmar Mendes, competência "consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria"³⁰, ou seja, divisão de competências para a preservação da segurança jurídica e da organicidade do sistema. Os Estados-membros tem sua competência segundo o Poder constituinte derivado e tem matéria residual, constam nos artigos 25 a 28 da Constituição Federal ³¹. Por vezes, ações de controle de constitucionalidade são propostas para discutir os limites destas competências já que há matérias que geram dúvidas e abarcam tanto. competências privativas como concorrentes.

No que se trata da problemática do presente artigo, a ADI 6.727 foi proposta por órgão que representa a classe bancária com via de impedir a legislação paranaense de proibir a contratação de empréstimo consignado via telemarketing a classe sênior. Ao longo da ação a CONSIF desvenda inúmeros argumentos para convencer sobre a inconstitucionalidade da lei dentre esses, "usurpação da competência da União para legislar (de forma privativa) sobre propaganda comercial, direito civil e política de crédito (art. 22, incisos 1, 7 e 29 da CF)"³².

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 849.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 860.

³² BRASIL. *Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 6.727*. Relatora Ministra Carmén Lúcia. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2021/03/adi-6727-emprestimos-aposentados-telemarketing.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

A referida lei para a CONSIF, “viola os princípios da proporcionalidade (art. 5º, inciso 54) e da livre iniciativa (art.1º, inciso 4, e 170, caput)”³³ ao restringir a possibilidade de contratação pelas instituições bancárias, notadamente porque foi uma norma criada durante a pandemia do SARS-COVID em que o acesso físico as instituições financeiras foram drasticamente reduzidas a carência econômica da população aumentada. Com este cenário, o Consif ainda argumentou que a proibição de contratação via telefone pela população idosa geraria uma “ruptura na política de crédito formulada pelo CMN, com uma radical redução na oferta justamente para um dos segmentos da população mais afetado pelos riscos inerentes à pandemia que se atravessa”³⁴.

O advogado da Consif argumenta ainda que a União detém competência legislativa privativa em matéria de ‘política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores’ (art. 22, inciso 7 da CF). A norma do Paraná feriria esta atribuição federal organizada e igualitária para todos os estados e conseqüentemente para todos os cidadãos, seria uma anacronia do sistema manter tal legislação estadual. Ou seja, a unicidade do sistema estaria prejudicada pela legislação que seria de competência privativa da União, quanto aos tópicos de política de crédito, do direito civil, comercial e da propaganda e foi realizada isoladamente por um dos Estados-membros.

Contrariamente a estes argumentos, a Relatora da ADI 6.727, Ministra Cármen Lúcia apontou através de inúmeros julgados anteriores que os Estados-membros tem a obrigação através da competência concorrente de legislar sobre produção e consumo (art. 24, inc. V, da CF) de modo complementar aos traçados base definidos pela União. Ademais, o inc. XXXII do art. 5º da Constituição da República estabelece que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Esse, Lei nacional nº 8.078/1990, também conhecido como Código Do Consumidor dispõe as normas gerais sobre a matéria.

³³ BRASIL. *Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 6.727*. Relatora Ministra Carmén Lúcia. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2021/03/adi-6727-emprestimos-aposentados-telemarketing.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021, p. 3.

³⁴ BRASIL. *Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 6.727*. Relatora Ministra Carmén Lúcia. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2021/03/adi-6727-emprestimos-aposentados-telemarketing.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021, p. 23.

Segundo o Código do Consumidor, há "proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços" (inc. IV do art. 6º). Devendo o destinatário final receber informação adequada e clara sobre produtos e serviços bem como sobre os riscos a esses inerentes (inc. III do art. 6º da Lei n. 8.078 /1990).

Em vista do frequente assédio aos idosos, a lei paranaense foi editada para salvaguardar tal cenário e, segundo Ministra Carmén Lúcia, a referida legislação não conflita com os princípios e normas do Código de Defesa do Consumidor. Uma vez que, a proibição da lei estadual tendente a convencer aposentados e pensionistas a celebrarem contratos de empréstimo via telemarketing, endossa normas e os princípios protetivo do direito do consumidor em situação de especial vulnerabilidade econômica e social.

Sobre o tratamento prioritário do idoso a relatora defendeu que os princípios da proteção integral e da prioridade estão previstos no inciso II do § 1º do art. 2º do Estatuto do Idoso, e impõe-se preferência na regulamentação de medidas protetivas voltadas a esse público. Fator primordial para a cooperação no alcance da proteção do grupo é a que tais medidas são amplamente vigoradas pela competência comum de proteção e zelo dos institutos de guarda aos princípios da carta magna bem como assistência social aos idosos (artigo 23, inciso I e II artigo 203 da CF).

Consequente, a Constituição Federal ainda destaca, no artigo 230, a fragilidade do idoso e a necessidade de amparo da família e do Estado na proteção não só física como patrimonial, notadamente com atenção aos valores como igualdade, dignidade ao seu bem-estar, bem como na sua inclusão e interação social³⁵.

Outro ponto que merece destaque na regulamentação no voto da ministra, é a suposta violação a livre iniciativa, seria essa um exagero vez que o princípio da livre iniciativa não é absoluto, e portanto, admite a intervenção estatal no domínio econômico para defesa de diversos princípios e de valores sociais. Um dos exemplificativos seria a restrição positivada no artigo 170, inciso V da Constituição

³⁵ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017, p. 551.

da República, que legitima a correlação pacífica entre livre iniciativa e defesa do consumidor.

Nesse sentido, para Carmén Lúcia, a restrição a publicidade financeira pela via telefônica foi uma medida legislativa que contribuiu para a salvaguarda dos vulneráveis idosos. Essa foi desenhada pela proporcionalidade (artigo 5º da CF) ao limitar os riscos incidentes sobre a parcela frágil, pois, não se interferiu na liberdade econômica, e nem se retirou o direito de acesso e contratação do empréstimo consignado. Nas palavras da relatora, “foram apenas fixadas balizas, naquela lei, para a segurança jurídica e a transparência na concessão de empréstimos a aposentados e pensionistas”³⁶.

Nesse diapasão, a Ministra defende que a lei paranaense não invade a competência privativa da União para legislar sobre direito civil, política de crédito ou propaganda comercial, ao revés, somente limitou a publicidade sob certa parcela de consumidores mais expostos aos danos do superendividamento dada a hipervulnerabilidade que concerne a velhice. Acresce-se aos pontos supracitados a completude do ordenamento na proteção e todo o movimento doutrinário e jurisprudencial que desenvolveu em busca de igualar a vulnerabilidade através da proteção legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o consumidor aposentado e pensionista em razão da sua idade, faz com que o endividamento crônico e excessivo a ele se apresenta com feições ainda mais dramáticas. De tal modo, a vulnerabilidade potencializada ou hipervulnerabilidade do consumidor idoso, impõe-se a necessidade de reconhecimento de uma tutela ainda mais específica, com ênfase para a fiscalização das normas especiais de proteção, mormente no tocante ao mercado de produtos e serviços massivamente contratados por eles, para evitar-lhes prejuízos imediatos ou futuros.

³⁶ BRASIL. *Ação Direta De Inconstitucionalidade n° 6.727*. Relatora Ministra Carmén Lúcia. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2021/03/adi-6727-emprestimos-aposentados-telemarketing.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021, p. 17.

Observou-se que o tratamento do problema, no âmbito do Poder Judiciário, vem sendo dificultado pela ausência de leis específicas e detalhadas, que prevejam a responsabilidade do fornecedor na concessão de crédito, de modo específico e direcionado a atribuir-lhe deveres de prevenção e acautelamento, além do aconselhamento ao consumidor potencial. O superendividamento, sobretudo do consumidor idoso, é um problema de ordem social que deve ser tratado pelo poder público com normas específicas, preventivas ou resolutivas, que regulamentem ações a controlar a expansão do problema e promover a reinserção do endividado à saúde financeira.

Conquanto, as lacunas do sistema existem, leis locais tentam contêm a problemática e apesar da privativa constitucional ser da união. Assim, necessita-se de um ordenamento que olhe para o povo, especialmente para a população cada vez mais idosa e pense em um futuro de qualidade que deve ser administrado pela regularização do crédito de forma saudável e não indiscriminado.

Além da constitucionalidade da ADIN analisada, que contempla a efetivação do oferecimento do serviço de crédito consignado via telefone, tem-se a ampliação da percentagem do valor do crédito concedido para até 40% do rendimento mensal descontado em folha. Consoante, a pandemia somente agravou as dificuldades dessa faixa etária, e mesmo com boa intenção o aumento do crédito e a possibilidade de assédio publicitário em larga escala, tendem, a longo prazo, a piorar a situação econômica dos idosos. Isto, pois tais apontamentos somados vão ao encontro do que a boa jurisprudência e os estudiosos do tema defendem sobre o superendividamento de idosos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Nova lei amplia limite de consignado para aposentados durante pandemia. *Senado Notícias*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/31/nova-lei-amplia-limite-de-consignado-para-aposentados-durante-pandemia>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 6.727*. Relatora Ministra Carmén Lúcia. Disponível em: <https://www.jota.info/wp->

content/uploads/2021/03/adi-6727-emprestimos-aposentados-telemarketing.pdf. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei nº 1.805 de 2021*. Altera as Leis nºs 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, e a Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148400>. Acesso em: 20 maio 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Perfil do consumidor superendividado e a atuação da defensoria pública na renegociação da dívida*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/b7ca8cbd43c24d7f8aa11fce8483026e.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento de idosos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 107, 2016, p. 309-341.

GONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e Superendividamento: Uma Análise Em Busca Da Concretização Do Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

IBGE. *Pesquisa de orçamentos familiares*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101761.pdf>. Acesso em 20 maio 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 75/2010, p. 9-42. Jul-set/2010.

MARQUES, Cláudia Lima; BARBOSA, Fernanda Nunes. A proteção dispensada à pessoa idosa pelo direito consumerista é suficiente como uma intervenção reequilibradora? *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/430>. Acesso em: 01 mar. 2021.

MARTINS, Fernando Rodrigues; MARQUES, Cláudia Lima. Superendividamento de idosos: a necessidade de aprovação do PL 3515/15. *Conjur*, 27 de maio de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Saraiva jur, 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do*

consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 2, n. 4, dez. 2012.

PNAD. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua anual, de 2018, feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)*. Disponível em: <http://www.jornal3idade.com.br/?p=24722>. Acesso em: 01 mar. 2021.

PORTO, Elisabete Araújo. *Evolução do crédito pessoal no Brasil e o superendividamento do consumidor aposentado e pensionista em razão do empréstimo consignado*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017.

3. O SALÁRIO MÍNIMO COMO CRITÉRIO PARA ASSEGURAR O MÍNIMO EXISTENCIAL NO TRATAMENTO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO¹



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-03>

Antônio Carlos Efig²

Núbia Daisy Fonesi Pinto³

RESUMO

A Lei n.º 14.181/2021 passou a garantir o direito básico do consumidor ao Mínimo Existencial, nos termos da regulamentação. O consumidor superendividado deve ter respeitado e preservado o seu mínimo existencial tanto na concessão de crédito como na aprovação de plano de recuperação da pessoa física. Foi utilizado o método hipotético dedutivo, visando analisar se o Direito ao Mínimo existencial do Consumidor Superendividado seria de aplicabilidade imediata ou dependeria de regulamentação infraconstitucional. Conclui-se que o Direito ao mínimo existencial possui aplicabilidade imediata e, para assegurar tal direito, pode ser utilizado como parâmetro o critério de apuração do salário mínimo.

Palavras-Chave: Mínimo existencial; Superendividamento; Código de Defesa do Consumidor; Manutenção da Dignidade Humana.

¹ Versão publicada originalmente na Revista de Direito do Consumidor, vol. 140/2022, p. 71 – 86, Mar - Abr / 2022.

² Doutor e Mestre em Direito pela PUCSP. Graduado em Direito pela PUCPR. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito do Consumo e Sociedade Tecnológica da PUCPR. Professor de Titular da Escola de Direito da PUCPR, onde leciona na Graduação, Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABPR. Conselheiro da OABPR. Advogado. E-mail: ace@eradv.com.br. Orcid: 0000-0001-7060-2654. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0310045675906800>.

³ Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela PUCPR. Graduada em Direito pela PUCPR. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito do Consumo e Sociedade Tecnológica da PUCPR. Advogada. E-mail: nubiafonesi@gmail.com. Orcid: 0000-0002-5275-1872. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2814504284738080>.

ABSTRASCT

Law n.º 14,181/2021 now guarantees the consumer's basic right to the Existential Minimum under the regulations. The overindebted consumer must have his existential minimum respected and preserved both in the granting of credit and in the approval of a recovery plan for the individual. The hypothetical deductive method was used, in order to analyze whether the Right to Minimum Existence for the Over-indebted Consumer would be of immediate applicability or would depend on infra-constitutional regulation. It is concluded that the Right to the existential minimum has immediate applicability and, to ensure this right, the criterion of determining the minimum wage can be used as a parameter.

Keywords: Existential Minimum; Over-indebtedness; Consumer Protection Code; Maintenance of Human Dignity.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A construção da tutela jurídica do mínimo existencial; 3. O direito brasileiro e a tutela do mínimo existencial; 4. A adoção dos parâmetros da apuração do salário mínimo como referencial para a fixação do mínimo existencial; 5. Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Após a aprovação da Lei n.º 14.181/2021, que aprimorou a redação do Código de Defesa do Consumidor, além de serem adotados os princípios do "fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores e a prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor" (art. 4º, incisos IX e X, respectivamente), a legislação trouxe um novo direito básico ao consumidor brasileiro (art. 6º, inciso XII) "a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e

na concessão de crédito".⁴

Em razão da conhecida crise financeira que assola o país, agravada pela deterioração da economia causada pela pandemia do COVID-19, já não era sem tempo a legislação brasileira tratar de medidas de prevenção e tratamento do consumidor superendividado.

O artigo 54-A do CDC, ao dispor sobre a prevenção do superendividamento da pessoa física, conceitua o superendividamento como "a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação".⁵ Na mesma esteira, o novel artigo 104-A do CDC prevê que na repactuação de dívidas da pessoa física devem ser preservados o direito ao mínimo existencial.

Desta forma o direito ao mínimo existencial presente na nova legislação, apesar de ser temática que ainda suscita algumas dúvidas quanto ao seu conteúdo e aplicabilidade no Brasil, demanda o necessário enfrentamento, sob pena da boa parte da conquista advinda com a aprovação da Lei n.º 14.181/2021 não ter a sua aplicabilidade. Assim, o fato do artigo. 54-A, trazer a expressão *nos termos da regulamentação* significaria que a aplicabilidade da proteção do mínimo existencial assegurado pela lei, dependeria de norma complementar, inviabilizando a sua imediata aplicação?

2 A CONSTRUÇÃO DA TUTELA JURÍDICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro se configura como garantia fundamental do cidadão (art. 5º, XXXII da CF) e princípio da ordem econômica (art. 170, V da CF), razão pela qual todos os agentes econômicos envolvidos com o sistema financeiro e de crédito, devem imperativamente atender às diretrizes do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que recentemente

⁴ BRASIL. *Lei Federal n. 14.181, de 1 de julho de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

⁵ BRASIL. *Lei Federal n. 14.181, de 1 de julho de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

foi aprimorado para contemplar as medidas para a prevenção e tratamento do consumidor superendividado.

A teoria do mínimo existencial ainda está em desenvolvimento, notadamente diante da realidade da concreção da sociedade de consumo e de crédito, na era da informação. Desta forma é imperioso analisar qual seria o conteúdo do mínimo existencial a ser protegido pela nova legislação, que deverá servir de baliza na concessão de crédito como parâmetro no momento da elaboração do plano de recuperação da pessoa física superendividada, para a efetivação da proteção da dignidade humana.

Pode ser observada as bases de uma concepção de mínimo existencial na Revolução Francesa, nos seus ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, bem como em algumas das primeiras Constituições, a Francesa, com o direito dos necessitados aos socorros públicos.⁶ E “cada vez mais se firmou o entendimento – inclusive em Estados constitucionais de forte coloração liberal – de que a pobreza e a exclusão social são assuntos de algum modo afetos ao Estado”.⁷

A concepção de um mínimo existencial possui raízes na Alemanha com a Constituição de 1949, que não previa um rol de direitos sociais. Contudo, tendo por base a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e o Estado social, extraiu-se o direito fundamental ao mínimo existencial. Atribui-se a Otto Bachof, jurista, a identificação do conceito de mínimo existencial pela primeira vez, independente de previsão legislativa sobre o tema.⁸

O direito a um mínimo para existência digna na Alemanha se justifica pelos acontecimentos na Segunda Guerra Mundial e a necessidade de se garantir direitos básicos mesmo ante a ausência de dispositivos normativos, “necessidade de se

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 117.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 117.

⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 209-210.

assegurar, em qualquer circunstância, o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana".⁹ A dignidade humana não possui gradação, ou está presente ou ausente, e para que ela esteja presente são necessários que o Estado garanta prestações mínimas para que, assim, "o indivíduo não tenha desrespeitada a qualidade que o faz humano".¹⁰

Na seara social, o superendividamento promove a exclusão dos indivíduos que se encontram nessa situação. "O superendividamento transformou-se num verdadeiro problema social, que rouba a dignidade dos devedores e os condena à exclusão social, arrastando pela vida uma dívida insolúvel."¹¹ A igualdade relaciona-se com a possibilidade de superação de barreiras sociais como esta.

A solidariedade como princípio jurídico impõe deveres fundamentais aos entes privados e ao Estado, além de possuir uma dimensão interna subjetiva, relacionada ao sentimento de pertencimento à sociedade, e uma dimensão externa, "dever de se corresponsabilizar pelos destinos da sociedade"¹². A previsão de preservação do mínimo existencial na lei consumerista evoca a responsabilidade daqueles que disponibilizaram créditos sem as devidas cautelas.

Com o advento da Constituição de 1988, como dito inicialmente, emergiu o movimento denominado "neoconstitucionalismo", caracterizado pela supremacia da Constituição sob a lei formal – Direito Constitucional da Efetividade.¹³ A Constituição "se converte em um parâmetro de validade do conteúdo material de todas as normas, por condensar os valores sociais mais importantes".¹⁴

⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115.

¹⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 102.

¹¹ EFING, Antônio Carlos; OYAGUE, Olenka Woolcott; POLEWKA, Gabriele. A crise Econômica brasileira e o superendividamento da população: Emergência do aprimoramento legislativo para tutela social. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, 2015. p. 387-408. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/497>. Acesso em: 31 jul. 2021. p. 398.

¹² BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 110-111.

¹³ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 347-349.

¹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 348.

Mesmo que a Constituição brasileira consagre posições de direitos fundamentais nos seus enunciados normativos de direitos sociais, subsiste o direito a um mínimo existencial em decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da solidariedade social.¹⁵ Esta conclusão, não se trata de uma importação de conceitos acrítica do direito Alemão, mas de uma interpretação sistemática dos fundamentos do Estado social e democrático de direito com os direitos fundamentais.¹⁶

Os direitos fundamentais, como um todo, estão sujeitos ao regime jurídico específico dos direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais e o direito ao mínimo existencial, no qual podemos citar duas características específicas: (i) a aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, §1º da Constituição Federal e; (ii) a condição de cláusulas pétreas prevista no artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal.¹⁷

O mínimo existencial, assim como os direitos fundamentais, pode ser analisado relacionando sua função negativa, de abstenção estatal, ou em sua dimensão positiva, relacionada a uma prestação estatal. Em ambos os casos, deve resguardar o mínimo para uma vida digna.¹⁸ A dimensão do direito ao mínimo existencial de respeito (negativa), por se tratar de mera abstenção estatal não será o foco. Visará analisar as dimensões que perfazem uma prestação positiva do Estado (proteção e promoção).

Para o exercício do direito ao mínimo existencial na sua dimensão positiva não há necessidade de regulamentação, pois este está vinculado a dignidade da pessoa humana e fundamento do Estado social e democrático de Direito. Condicionar o exercício desse direito é condicionar a própria dignidade da pessoa humana. Portanto, o seu conteúdo possui eficácia direta no que diz respeito as dimensões

¹⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115.

¹⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 114.

¹⁷ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 206.

¹⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146.

prestacionais.¹⁹

Ainda assim, o legislador ordinário observou a necessidade de criação de uma lei que aborde explicitamente o mínimo existencial em matéria consumerista. A Lei n. 14.181/2021 que dispõe prevenção e tratamento ao consumidor superendividado resguardando o direito ao mínimo existencial.²⁰ Trata-se do exercício do dever de legislar estatal relacionado aos direitos fundamentais sociais, de forma que não se constitua um regresso injustificado e desproporcional aos direitos sociais, buscando sempre um maior bem-estar possível, vedada a inércia e o retrocesso arbitrário.²¹

Ante a existência de direito ao mínimo existencial no contexto brasileiro, deve ser reconhecido o direito subjetivo do indivíduo de “postular diretamente o respeito ou a proteção de sua dignidade” quando este direito for violado.²² O Juiz, ao decidir, não se encontra vinculado a questão orçamentária (reserva do materialmente possível) por se tratar do mínimo necessário para uma vida digna. Dito de outro modo, caso o mínimo existencial seja violado por meio de uma omissão do Estado – devia proteger e não protegeu ou devia promover algo e não promoveu – cabe ao poder judiciário a intervenção no caso concreto.²³

Assim, o direito ao mínimo existencial será sempre exigível em face dos poderes públicos, independentemente de qualquer óbice para a exigência dos direitos fundamentais que não se encontram dentro do mínimo existencial.²⁴

Em relação aos particulares, fundamenta-se a incidência do direito ao mínimo existencial com base no dever de proteção que o Estado possui. Ou seja, o Estado deve proteger os direitos fundamentais de particulares contra os ataques de outros particulares. Deve imperar o direito ao mínimo existencial no caso concreto, mesmo

¹⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 128.

²⁰ BRASIL. *Lei Federal n. 14.181, de 1 de julho de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

²¹ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 159-163.

²² BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 116.

²³ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 129-131.

²⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 228.

que não haja regulamentação para tanto, novamente, porque é um direito que decorre da dignidade da pessoa humana.²⁵

3 O DIREITO BRASILEIRO E A TUTELA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O conteúdo do mínimo existencial, portanto, deve ser protegido em todos os momentos da vida econômica do consumidor, visto que a concessão de crédito de forma responsável jamais poderá colocar em risco as condições de existência digna do consumidor, bem como é necessário o preenchimento do conceito no momento da elaboração do plano de recuperação assume fundamental importância.

Assim, as políticas de concessão de crédito, para não violarem os direitos básicos dos consumidores (art. 6º, inciso XII, do CDC), devem atuar preventivamente, bem como serem efetivas para que o consumidor superendividado só possa comprometer o valor excedente a um salário mínimo que pode auxiliar no preenchimento do conceito legal.

No ano de 2020, foi publicado um estudo do Banco Central do Brasil sobre o endividamento de risco. Nesse estudo, considera-se endividamento de risco aquele que tomador de crédito que atenda a dois ou mais critérios objetivos, quais sejam: inadimplemento de parcelas de crédito em período superior a 90 dias; comprometimento da renda mensal com dívidas superior a 50%; estar, simultaneamente, usufruindo de cheque especial, crédito pessoal e rotativo; após o pagamento das dívidas a renda disponível mensal é abaixo da linha da pobreza, ou seja, abaixo de R\$440,00 (quatrocentos e quarenta reais).²⁶

Em 2019, a população tomadora de crédito brasileira chegou à marca dos 85 milhões, dos quais 5,4% estavam em situação de endividamento de risco.²⁷ Desse

²⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 135-136.

²⁶ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Série cidadania financeira: estudos sobre educação, proteção e inclusão*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2020. p. 10. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/serie_cidadania/serie_cidadania_financeira_pesquisa_infe_br_%200443_2017.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

²⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Série cidadania financeira: estudos sobre educação, proteção e inclusão*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2020. p. 27. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/serie_cidadania/serie_cidadania_financeira_pesquisa_infe_br_%200443_2017.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

total de tomadores de crédito, 11% possuíam renda mensal abaixo da linha da pobreza após o pagamento das dívidas.²⁸

Sendo a proteção do mínimo existencial alçada à condição de direito básico do consumidor, em decorrência dos efeitos das normas de ordem pública, natureza cogente e interesse social (art. 1º do CDC), trazem o dever legal, obrigação jurídica, dos bancos, financeiras e instituições de crédito atenderem e efetivarem a proteção dos consumidores no Brasil.

A Lei n. 14.181/2021 que dispõe prevenção e tratamento ao consumidor superendividado resguardando o direito ao mínimo existencial,²⁹ estabelecendo, desta forma, um piso de direitos indispensáveis à caracterização da dignidade da pessoa humana.³⁰ A referida Lei introduziu o XI, XII e XIII ao artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. Dispõe o inciso XI que é direito básico do consumidor "a garantia de práticas de crédito responsável, [...] preservando o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação de dívida, entre outras medidas".³¹

Ao editar textos legais cuja materialidade seja capaz de observar a dinâmica evolutiva social, o legislador visa arraigar de maneira cada vez mais profunda a tão almejada dignidade da pessoa humana adotada como fundamento constitucional, enraizando-a como princípio máximo e intrínseco às previsões jurídicas.

Em relação ao Plano de Recuperação da Pessoa Física Superendividada, prescreve o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, com redação dada pela Lei n. 14.181/2021, que no processo de repactuação de dívidas instaurado, a proposta de plano de pagamento deve preservar o mínimo existencial, nos termos da regulamentação.³² A previsão do direito a preservação do mínimo existencial

²⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Série cidadania financeira: estudos sobre educação, proteção e inclusão*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2020. p. 17. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/serie_cidadania/serie_cidadania_financeira_pesquisa_infe_br_%200443_2017.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

²⁹ BRASIL. *Lei Federal n. 14.181, de 1 de julho de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

³⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 367.

³¹ BRASIL. *Lei Federal n. 14.181, de 1 de julho de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

³² BRASIL. *Lei Federal n. 14.181, de 1 de julho de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

aparece novamente no artigo 104-C, também inserido no Código de Defesa do Consumidor pela Lei n. 14.181/2021. No texto da referida Lei, em diversas outras vezes é abordado o direito ao mínimo existencial sem, contudo, especificar nada sobre o seu conteúdo.

Segundo Luiz Edson Fachin trata-se do "mínimo a assegurar-se".³³ Em outras palavras, trata-se da garantia de, ao menos, condições básicas para uma vida condigna, sendo considerado um piso mínimo e não um teto máximo.³⁴ Ressaltando-se que uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, vez que a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.

Ainda, segundo Luiz Edson Fachin:

Aqui o mínimo transcende essa percepção quantitativa e não coloca no ponto central a noção de extremo. Ao falar de mínimo ou de máximo não se cogita de extremos abaixo ou acima dos quais o objetivo em questão perde todas as suas características, suas propriedades.³⁵

Este é o ponto inicial para instauração de incertezas quanto ao que conhecemos por mínimo existencial, vez que o conflito insurge a partir da dificuldade de sua delimitação. Sabe-se que, em teoria, o mínimo existencial deve assegurar a menor parcela de bens necessária para uma vida digna, contudo, no que consiste a menor parcela de bens? Dentre os direitos fundamentais defendidos pela dignidade da pessoa humana, como consubstanciar o núcleo a ser assegurado pelo mínimo existencial?

Quanto ao conteúdo do mínimo existencial, embora exista um consenso sobre a sua variação no tempo e no espaço, existem duas posições doutrinárias. A primeira afirma que ser o "conteúdo determinável no caso concreto", diante das circunstâncias fáticas. De modo diverso, a segunda posição considera que o

³³ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 273.

³⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 376.

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 273.

conteúdo é pré-determinável de acordo com o "rol constitucional preferencial".³⁶

Daniel Wunder Hachem adota o posicionamento de que o conteúdo do mínimo existencial é identificado "a partir de um rol constitucionalmente preferencial, aprioristicamente fixado com base em elementos extraídos da Constituição vigente".³⁷ De acordo com ele,

Acolhe-se essa posição por entender-se que aceitar um conceito completamente aberto de mínimo existencial, suscetível a variações indiscriminadas da sua especificação ao sabor do intérprete, a depender do caso concreto, prejudica a funcionalidade operacional do instituto.³⁸

Neste sentido, Luís Roberto Barroso aponta que:

mesmo quando os valores pudessem oscilar significativamente, de acordo com o que cada um viesse a considerar como padrão mínimo de dignidade, o fato é que há um núcleo central em relação ao qual haverá consenso em qualquer circunstância.³⁹

Assim, é claro que não existe um modelo padrão para todos os cidadãos ou um mínimo existencial homogêneo e uniforme. Para cada situação e caso concreto, devem ser consideradas as características e peculiaridades de cada um para se encontrar qual o mínimo existencial justo e adequado para cada caso. No entanto, uma concepção aberta, determinável no caso concreto traria problemas práticos de aplicabilidade, já que na ausência de algo concreto, qualquer coisa que o juiz estabeleça como mínimo necessário para vida digna é aceitável.

³⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 213.

³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 358.

³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 358 - 359

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 5. ed. 2001. p. 153.

Salienta-se ainda, quanto à impossibilidade de se estabelecer rol taxativo de elementos constituintes de um possível núcleo atribuído ao mínimo existencial, vez que, embora se tratando de direito de proteção e alcance coletivo, sua aplicação é individual, devendo ter sua resolução julgada a partir do dimensionamento de cada caso singularmente. Contudo, não deixa de ser possível a elaboração de uma espécie de guia, contendo um conjunto de concepções inerentes ao tema já sedimentadas, capazes de nortear a atuação jurisdicional e assim garantir a concretização do acesso ao mínimo existencial.⁴⁰ Incluindo, neste sentido, proteções garantistas básicas como a saúde, educação, acesso à justiça, dentre outros.

O presente estudo propõe, como alternativa, a utilização do salário mínimo como parâmetro para o mínimo existencial quando da elaboração dos Planos de Recuperação da Pessoa Física Superendividada. Com isso, se passará a expor a fundamentação da presente hipótese.

4 A ADOÇÃO DOS PARÂMETROS DA APURAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO REFERENCIAL PARA A FIXAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Com a implementação das novas diretrizes legais de enfrentamento do superendividamento e com a prática da realização e execução dos planos de recuperação dos consumidores superendividados, possivelmente surgirão diversas propostas e alternativas de adoção de parâmetros para o cálculo e preservação do mínimo existencial nos casos em julgamento.

O superendividamento é um problema de ordem jurídica que advém de um conjunto de fatores sociais, econômicos e jurídicos. Entre suas causas, podemos citar a possibilidade de “concessão de crédito fácil” e induzimento, pela publicidade, em adquirir bens de consumo de forma desenfreada, ocasionando o consumo irresponsável.⁴¹ O superendividamento pode ser ativo ou passivo. É ativo quando se dá em virtude de condutas espontâneas do indivíduo que pode ter ou não

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 117.

⁴¹ EFING, Antônio Carlos; REIS, Duília Sgrott. A agressão dos direitos fundamentais pelo superendividamento. *Revista da Escola da Magistratura de Rondônia*, Porto Velho/RO, n. 26, p. 114–

consciência do seu limite orçamentário. Já quando o superendividamento é algo que ocorre por "circunstâncias alheias a sua vontade", é chamado de passivo.⁴²

Segundo a Lei n.º 14.181/2021, superendividamento da pessoa física consiste na "impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial".⁴³ Desse modo, o indivíduo que se encontra nessa situação, teria que "optar entre pagar uma conta ou comprar gêneros alimentícios".⁴⁴

O superendividamento, portanto, está intimamente relacionado com a renda auferida pela pessoa física. Por renda, entenda-se, "o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos" e "proventos de qualquer natureza", nos termos do Código Tributário Nacional.⁴⁵ Uma das fontes de renda é o trabalho, para o qual a Lei n.º 185/1936 instituiu o salário mínimo para o trabalhador.⁴⁶ Posteriormente adveio a Constituição Brasileira de 1988 que passou a prever que o salário mínimo deve ser capaz de atender às "suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social".⁴⁷

Como o direito ao mínimo existencial não se confunde com os direitos sociais, já que aquele é "composto por porções dos direitos sociais necessárias a proporcionar ao seu titular condições materiais de existência minimamente digna",⁴⁸

133, 2021. Disponível em: <https://periodicos.emeron.edu.br/index.php/emeron/article/view/44>. Acesso em: 17 jul. 2021. p. 116-117.

⁴² EFING, Antônio Carlos; REIS, Duília Sgrott. A agressão dos direitos fundamentais pelo superendividamento. *Revista da Escola da Magistratura de Rondônia*, Porto Velho/RO, n. 26, p. 114–133, 2021. Disponível em: <https://periodicos.emeron.edu.br/index.php/emeron/article/view/44>. Acesso em: 17 jul. 2021. p. 122.

⁴³ BRASIL. *Lei Federal n. 14.181, de 1 de julho de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

⁴⁴ EFING, Antônio Carlos; REIS, Duília Sgrott. A agressão dos direitos fundamentais pelo superendividamento. *Revista da Escola da Magistratura de Rondônia*, Porto Velho/RO, n. 26, p. 114–133, 2021. Disponível em: <https://periodicos.emeron.edu.br/index.php/emeron/article/view/44>. Acesso em: 17 jul. 2021. p. 123.

⁴⁵ BRASIL. *Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

⁴⁶ BRASIL. *Lei Federal nº 185, de 14 de janeiro de 1936*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-185-14-janeiro-1936-398024-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 16 jul. 2021.

⁴⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

⁴⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 360.

a renda mínima deve garantir uma porção mínima de direitos sociais, mas não se confunde com eles. Pode se afirmar, com isso, que a renda mínima deve garantir o direito ao mínimo existencial.

Atualmente o salário mínimo nominal no Brasil é de R\$1.100,00 (um mil e cem reais).⁴⁹ No entanto, segundo o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), o salário mínimo necessário seria de R\$ 5.421,84 (cinco mil, quatrocentos e vinte um reais e oitenta e quatro centavos), dados de junho de 2021.⁵⁰ Em Curitiba foi registrado um dos maiores aumentos no custo médio da cesta básica de alimentos entre as 17 capitais pesquisadas, 1,59% entre maio e junho de 2021.⁵¹

Conforme pode ser observado na referida pesquisa, o salário mínimo atual no Brasil não é suficiente para suprir as necessidades básicas dos brasileiros. O valor tido como necessário é aproximadamente cinco vezes maior que o salário mínimo atual.

A instituição do salário mínimo é uma autovinculação, está previsto na Constituição Federal Brasileira. Limitar o Plano de Recuperação das Pessoas Físicas Superendividadas ao excedente do salário mínimo é garantir que, pelo menos, aquilo que o Governo Brasileiro considera como essencial para os cálculos desse valor seja garantido, ou seja, "moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social".⁵² Pensamento diverso torna a Lei n. 14.181/2021 ineficaz, ante a ausência de tratamento digno do consumidor superendividado, bem como a não garantia de um mínimo existencial.

Adotando o posicionamento de Daniel W. Hachem, devido a importância do conteúdo do mínimo existencial, ele deve ser aplicado integralmente, como regra,

⁴⁹ BRASIL. *Lei Federal n. 14.158, de 2 de junho de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14158.htm. Acesso em: 17 jul. 2021.

⁵⁰ DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. *Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos*. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html#2021>. Acesso em: 17 jul. 2021.

⁵¹ DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. *Queda nos preços do tomate, da batata e banana reduz valor da cesta básica, 6 de julho de 2021*. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2021/202106cestabasica.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021.

⁵² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

independente de ponderação no momento da aplicação.⁵³ Ainda, explica que, na verdade, a ponderação já foi previamente realizada quando do estabelecimento do direito ao mínimo existencial.⁵⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela proposta aqui apresentada, essa ponderação entre os direitos para compor o Mínimo Existencial foi feita pelo próprio constituinte originário no momento da instituição da criação do salário mínimo, bem como no momento das modificações que ocorrem nos valores. Enquanto ausente no ordenamento jurídico brasileiro norma específica que oriente, atendendo os ditames legais vigentes, considera-se mínimo existencial, aos efeitos do disposto da Lei n.º 14.181/21, os rendimentos mínimos destinados aos gastos com a subsistência digna do superendividado e de sua família, que lhe permitam prover necessidades vitais e despesas cotidianas, em especial com alimentação, habitação, vestuário, saúde, e higiene, podendo ser usado analogicamente o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal Brasileira.

Portanto na concessão de crédito no curso do processo de recuperação do consumidor superendividado, conforme previsão constitucional, o mínimo existencial equivalente a um salário mínimo deve a ser reservado para o consumidor, para atender às necessidades básicas suas e de sua família, ressalvando-se que, na atualidade, o valor do salário mínimo para atender os ditames legais deveria ser em valor equivalente a cinco vezes o valor atual. De qualquer maneira, em que pese cada pessoa e família possuir necessidades que devem ser averiguadas concretamente, o valor mínimo equivalente a um salário mínimo deve ser entendido como intocável pelos credores.

⁵³ Segundo Robert Alexy os direitos fundamentais podem possuir a estrutura de regras e de princípios. Quando princípios, estão sujeitos à ponderação, sendo considerados "mandamentos de otimização". Quando regras devem ser aplicados integralmente. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 90-91)

⁵⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 360-362.

Da mesma forma, uma vez que a proteção dos consumidores no Brasil preenche uma garantia fundamental (art. 5º, XXXII, da CF) e princípio da ordem constitucional econômica (art. 170, V, da CF), tratando-se de verdadeira prestação positiva das políticas públicas estatais, de eficácia imediata, não comportando aguardar a regulamentação por legislação infraconstitucional, pois representaria ignorar a dimensão constitucional da preservação do mínimo existencial e da dignidade humana, sendo plenamente auto aplicável toda a tutela conferida pela Lei nº 14.181/21.

Assim, espera-se que as inovações trazidas pela Lei nº 14.181/2021 modifiquem a conduta dos agentes de crédito, visto que se o consumidor fazer jus ao processo de tratamento da sua situação de superendividamento, os credores somente poderão contar para pagamento dos débitos deste consumidor o valor que exceder ao montante entendido como mínimo existencial para o suprimento das suas necessidades e de sua família, sempre protegendo o consumidor superendividado na sua dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Série cidadania financeira: estudos sobre educação, proteção e inclusão*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2020. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/serie_cidadania/serie_cidadania_financeira_pesquisa_infe_br_%200443_2017.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. *Lei Federal n. 14.158, de 2 de junho de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14158.htm. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. *Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. *Lei Federal nº 185, de 14 de janeiro de 1936*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-185-14-janeiro-1936-398024-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 16 jul. 2021.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. *Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos*. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html#2021>. Acesso em: 17 jul. 2021.

EFING, Antônio Carlos; OYAGUE, Olenka Woolcott; POLEWKA, Gabriele. A crise Econômica brasileira e o superendividamento da população: Emergência do aprimoramento legislativo para tutela social. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, 2015. p. 387-408. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/497>. Acesso em: 31 jul. 2021.

EFING, Antônio Carlos; REIS, Duília Sgrott. A agressão dos direitos fundamentais pelo superendividamento. *Revista da Escola da Magistratura de Rondônia*, Porto Velho/RO, n. 26, p. 114–133, 2021. Disponível em: <https://periodicos.emeron.edu.br/index.php/emeron/article/view/44>. Acesso em: 17 jul. 2021.

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

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas

públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

4. O REGRAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO NO DIREITO COMPARADO: UM PARALELO ENTRE A NOVA LEI 14.181 DE 2021 E O DIREITO NORTE-AMERICANO E FRANCÊS



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-04>

*Larissa Couto Nogueira*¹

RESUMO

O superendividamento apresenta-se como um fenômeno tão comum na vida do consumidor brasileiro que, nos últimos anos, o Poder Judiciário deparou-se cada vez mais com demandas ligadas ao tema, principalmente em razão da ausência de uma regulamentação nacional. A partir deste cenário brasileiro, foi elaborado por diversos doutrinadores o Projeto de Lei 3515, que culminou na nova Lei 14.181 de 2021, ou ainda, “Lei do Superendividamento”, foco do estudo deste artigo. Desta forma, o presente trabalho busca pontuar as similaridades e discrepâncias da ainda tímida legislação nacional com os exemplos norte-americano e francês, bem como seus possíveis efeitos na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Superendividamento; Direito do Consumidor; Direito Comparado; Lei nº 14.181/2021.

ABSTRACT

Over-indebtedness is such a common phenomenon in the life of Brazilian consumers that, in recent years, the Judiciary has been increasingly faced with demands related to the issue, mainly due to the absence of national regulations. Based on this Brazilian scenario, Bill 3515 was drafted by several scholars, which culminated in the new Law 14.181 of 2021, or even, the “Super-indebtedness Law”, which is the focus of the study of this article. Thus, the present work seeks to point out the similarities

¹Graduanda em direito pela Faculdade Nacional de Direito, UFRJ, pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa “A simbiose entre o público e o privado: os limites da ingerência estatal no âmbito das relações privadas” e estagiária de direito na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: Larissa.couto11@yahoo.com.br. ORCID: 0000-0002-4857-2951. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2318178265611085>.

and discrepancies of the still timid national legislation with the North American and French examples, as well as these possible effects on Brazilian society.

Keywords: Over-indebtedness; Consumer right; Comparative law; Rule n° 14.181/2021;

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A conceituação do fenômeno do superendividamento. 3. A prevenção ao superendividamento e o incentivo à educação financeira. 4. O tratamento judicial e extrajudicial do superendividamento. 5. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O tema do superendividamento abordado neste artigo, apesar de há muito presente no cotidiano do consumidor brasileiro, apenas recebeu o amparo da legislação nacional com a recente Lei n° 14.181/2021, aprovada frente ao colapso econômico pelo qual o Brasil atravessa com a pandemia de Covid-19. Apesar dos efeitos ainda mais gravosos do cenário pandêmico, fato é que para doutrinadores e juristas o tema do superendividamento sempre levantou questões relevantes, como a violação ao mínimo existencial pelo comprometimento da renda por dívidas ou a vulnerabilidade dos consumidores idosos.

A facilidade de concessão de crédito do século XXI aliada ao incentivo constante ao consumo via meios de comunicação de massa tornaram o fenômeno do superendividamento uma realidade em todo o mundo, gerando como consequência a preocupação das autoridades estatais em proteger seus consumidores. No Brasil, anteriormente à aprovação da Lei n° 14.181 de 2021, era possível encontrar na legislação esparsa algumas tentativas de mitigação dos efeitos do superendividamento, como a Lei n° 10.820 de 2003 que limitava em 30% os descontos e as retenções em folha de pagamento, mas não se tratava aqui de uma lei própria sobre o endividamento que proporcionasse diferentes formas de educar e auxiliar o superendividado.

Diferentemente da legislação brasileira, a abordagem do fenômeno do superendividamento no direito estrangeiro já possui um tratamento diferenciado, zelando sempre pela recuperação desse devedor/potencial consumidor para que o mercado possa se manter aquecido, aliado à uma política preventiva de educação financeira.

Na França, por exemplo, com o *Code de la Consommation* definiu-se o conceito de superendividamento, servindo como base inclusive para a construção doutrinária do conceito no Brasil. Além disso, a legislação francesa trata especificamente do tema do superendividamento com a promulgação das Leis Neiertzs. Já no âmbito dos Estados Unidos, a preocupação com o endividamento dos norte-americanos conduziu ao *Bankruptcy Reform Act*, aprovado em 1978, bem como à instituição da política do *fresh start*.

Assim, diante dos exemplos internacionais apontados, a nova Lei 14.181 de 2021 surge com a missão de trazer um amparo adequado ao tema, tendo em vista a relevância e necessidade de regulamentação no atual cenário econômico. Desta forma, o intuito deste artigo é apontar as similaridades e discrepâncias da lei brasileira com a legislação internacional, a partir da pesquisa bibliográfica e legislação do direito comparado. Por outro lado, a partir da leitura sobre o tema, será possível evidenciar quais pontos da lei careceram de uma abordagem mais atenta por parte do legislador.

2 A CONCEITUAÇÃO DO FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

O conceito de superendividamento no Brasil, anteriormente à lei 14.181, foi cunhado por diferentes doutrinadores, com alguns pontos em comum. Para Claudia Lima Marques², superendividamento refere-se à “impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas suas dívidas atuais e futuras de consume (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de

² MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI; Rosângela Lunardelli (Coord). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

alimentos).

Na mesma esteira, Maria Manuel Leitão Marques (2000) define o superendividamento (ou sobreendividamento, no caso da pesquisadora portuguesa) como "a impossibilidade manifesta do devedor de boa-fé fazer face ao conjunto de suas dívidas não profissionais vencidas ou vincendas"³.

Tais construções doutrinárias buscaram referência no direito francês, que possui uma definição do conceito do superendividamento cunhada no *Code de la Consommation*. Geraldo de Faria Martins da Costa, em tradução livre da legislação francesa, explica que a situação de superendividamento é caracterizada pela "impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé pagar o conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e a vencer"⁴ (artigo L. 331-2 do *Code de la Consommation*).

Diante de tais conceituações, a nova Lei do Superendividamento alterou o artigo 54-A, §1º do Código do Consumidor para incluir o novo conceito de superendividamento, que assim dispõe:

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

Percebe-se da leitura atenta do dispositivo que a legislação abarcou o entendimento doutrinário e, principalmente, destacou a importância da proteção ao mínimo existencial, questão incessantemente debatida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em casos relacionados à limitação de desconto e débito em conta⁵. Assim, a nova definição trazida pela Lei 14.181/21 uniformizou o entendimento sobre o fenômeno do superendividamento no país.

³ MARQUES, Maria Manuel Leitão. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

⁴ DA COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *O fenômeno do superendividamento e seu reflexo na jurisprudência*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/28022021-O-fenomeno-do-superendividamento-e-seu-reflexo-na->

Todavia, deve-se destacar que algumas noções importantes para a construção da concepção de superendividamento não foram abarcadas pela nova lei. Um ponto a ser ressaltado em relação ao novo conceito de superendividamento foi a exclusão das pessoas jurídicas do conceito, a despeito do Código de Defesa do Consumidor também ser aplicável a este grupo.

Outra questão a ser pontuada é a ausência de caracterização pela lei do conceito de "mínimo existencial". Tal lacuna legislativa acarreta grandes dificuldades para a atuação jurisprudencial no que diz respeito à fixação percentual do mínimo existencial em cada caso concreto. Assim, diante da relevância da concepção do "mínimo existencial" para a materialidade e eficácia da nova lei, doutrinadores debruçaram-se sobre o tema durante a I Jornada CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ, originando diversos Enunciados, dentre eles o Enunciado n° 7 a seguir transcrito:

Enunciado 7: "A noção do mínimo existencial tem origem constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana e é autoaplicável na concessão de crédito e na repactuação das dívidas, visando a prevenção e o tratamento do superendividamento do consumidor pessoa natural, por força da Lei 14.181, 2021, cabendo a regulamentação prevista na Lei, sob o limite da proibição de retrocesso, esclarecer o mínimo existencial de consumo deve ter relação com 'o menor valor mensal não tributável a título de imposto de renda' ou ser feito por faixas de renda, como na França, com um valor fixo 'vital' de um salário mínimo ou de 2/3 do salário mínimo, em todos os casos"⁶

Conforme se pode observar do Enunciado cunhado conjuntamente entre os professores Claudia Lima Marques, Fernando Rodrigues Martins, Sophia Martini Vial e Clarissa Costa de Lima, mais uma vez a doutrina brasileira busca subterfúgio no direito comparado francês para preencher lacunas internas da legislação pátria, sugerindo quantificar o mínimo existencial através de faixas de renda.

jurisprudencia2.aspx?fbclid=IwAR3TPYnVj8m2klldot4VqXCBjWIGtglR-0lXA9JfoZydZVg9DqMeNeMkA8. Acesso em: 10 dez. 2021.

⁶ JOELSONS, Marcela; MUNHOZ, Nathália. A Lei do Superendividamento e o conceito de mínimo existencial. *Conjur*, 20 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-20/opiniaio-lei-superendividamento-conceito-minimo-existencial>. Acesso em: 10 dez. 2021.

Além disso, a Lei do Superendividamento não estabeleceu uma classificação do consumidor superendividado, conforme alguns especialistas apresentam. Maria Manuel Leitão Marques expõe, com base na jurisprudência e nos trabalhos preparatórios da lei francesa “Lei Neiertz”⁷, duas distinções de superendividados: os ativos e os passivos.

O superendividamento ativo diz respeito ao consumidor que, de forma voluntária, contrai dívidas excessivas que não consegue adimplir em razão da má gestão financeira. Ainda sobre a classificação de superendividamento ativo, tem-se o superendividamento ativo consciente e inconsciente.

Esta subdivisão do superendividamento ativo em consciente e inconsciente é de suma importância para que o julgador, no momento da análise de cada caso concreto, possa atestar a presença ou a ausência de boa-fé do consumidor superendividado, tendo em vista que o superendividado consciente assume dívidas suntuosas sabendo desde já que não poderá adimpli-las, configurando sua má-fé. Nestes casos, o superendividado restará sem a proteção estatal para recuperar-se, ante a ausência do requisito estabelecido em lei⁸.

Por outro lado, o superendividamento ativo inconsciente é aquele que ocorre quando o consumidor, seduzido pelas possibilidades oferecidas pela sociedade de consumo em massa, deixou de fiscalizar e organizar seus gastos, sendo ausente o dolo de não cumprir com suas obrigações. Nestes casos, ocorre uma supervalorização de seus rendimentos, levando o consumidor a acreditar que pode dar conta de todas as dívidas contraídas.

Por fim, a classificação de superendividamento passivo está relacionada ao endividado que se encontra nesta condição pois foi acometido por um “acidente de vida”⁹, ou seja, em razão de imprevistos externos, como o desemprego, doenças, acidentes etc., optou pelo uso do crédito para ver sanada suas necessidades financeiras.

⁷ Nome em que a Lei francesa 89-1010, de 31-12-1989, que aborda as situações de superendividamento, é conhecida.

⁸ MATTOS, Fabiana Lopes Fernandes. A necessidade da tutela jurídica do superendividamento como forma de política pública de proteção ao consumidor. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2012.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima.CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Conforme cita André Perin Schmidt Neto¹⁰, os tribunais franceses buscam observar o comportamento do superendividado para deferirem ou não os pedidos de auxílio. Neto destaca que já existem julgados que, apesar de no caso concreto o consumidor ser consideravelmente superendividado, o magistrado atestou a imaturidade ou displicência do indivíduo, tendo o pedido acatado. Em contrapartida, há julgados que negaram a proteção estatal aos superendividados que contraíram novas dívidas para manter o nível de vida, e não para cumprir com as antigas obrigações.

Dessa forma, os tribunais brasileiros enfrentarão, com a ausência de um maior detalhamento do fenômeno do superendividamento, um grande desafio de ponderação de princípios e discricionariedade do juiz para atestar a boa-fé do indivíduo, buscando ainda amparo nas construções doutrinárias.

3 A PREVENÇÃO AO SUPERENDIVIDAMENTO E O INCENTIVO À EDUCAÇÃO FINANCEIRA

A Lei 14.181 de 2021 inaugurou uma nova forma de evitar o superendividamento no capítulo VI- A do Código de Defesa do Consumidor ao incluir os artigos 54-B ao 54-G que versam, em suma, sobre imposições necessárias ao fornecedor ou intermediário de crédito.

Nos referidos artigos compreende-se um dever de informação ou transparência em diversos artigos, como por exemplo no artigo 54-B que estabelece que:

No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre (...)

¹⁰ SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: Conceito, Pressupostos e Classificação. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n° 26, p. 167 – 184, 2009.

Ademais, tais informações devem ser acompanhadas de uma linguagem acessível, conforme explicita o §1º do mesmo artigo, demonstrando o reconhecimento do legislador da condição de vulnerabilidade que a maioria dos devedores se encontram.

O *Code de La Consommation* exige a transparência e a clareza da informação nos contratos de consumo, entretanto, assim como agora fizeram os legisladores brasileiros, só a exigência genérica presente no *Code de La Consommation* não era suficiente. Os legisladores franceses consideraram por bem instituir um formalismo informativo mais rígido e concreto para proteger o consentimento espontâneo do consumidor, impondo obrigações especiais ao fornecedor¹¹. Desta forma, mais uma vez, demonstra-se clara a inspiração da Lei 14.181 no direito francês.

Deve-se pontuar também que a educação financeira, tema de grande importância para a sociedade brasileira, foi trazida pela Lei do Superendividamento como forma de evitar o aumento da desigualdade social do país, já que, conforme apontamento divulgado em junho de 2020 pelo Banco Central, pelo menos 4,6 milhões de pessoas eram classificadas como devedores de risco¹².

A nova lei adicionou alguns incisos aos artigos 4, 5 e 6 do Código do Consumidor, atribuindo à Política Nacional das Relações de Consumo um dever de buscar novos mecanismos que auxiliem o consumidor brasileiro, ou seja, é de responsabilidade não só das instituições financeiras fornecedoras de crédito, mas também do próprio Estado, amparar e informar o consumidor.

4 O TRATAMENTO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DO SUPERENDIVIDAMENTO

Por último, a nova Lei 14.181 de 2021 prevê formas de tratamento judicial e extrajudicial do superendividamento ao adicionar ao Código do Consumidor os dispositivos 104-A, 104-B e 104-C, abordagem inédita na legislação nacional. As

¹¹ Gontijo, Patrícia Maria Oliva. *A regulamentação do superendividamento como forma de concretização do estado democrático de direito*. Tese (Curso de Pós Graduação Stricto Sensu) – Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, Minas Gerais. 2010. p. 84.

¹² Banco Central do Brasil. *Endividamento de Risco no Brasil*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/serie_cidadania/serie_cidadania_financeira_6_endividamento_risco.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021

peças tuteladas pela lei podem requerer a regularização do conjunto de suas dívidas e obrigações de duas formas: a primeira por meio de acordo consensual entre os envolvidos ou, não havendo anuência de quaisquer dos credores, por meio de plano judicial compulsório (artigo 104-B).

Primeiramente, o artigo 104-A da Lei do Superendividamento institui o chamado “processo de repactuação de dívidas”, que consiste em um processo judicial, ajuizado a requerimento do consumidor, no qual será designada audiência de conciliação presidida pelo juiz ou conciliador credenciado, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no novo artigo 54-A (Compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada). Nesta audiência, o superendividado terá a oportunidade de apresentar um plano de pagamento com prazo de até cinco anos, ressaltando a lei que deve-se observar a preservação do mínimo existencial.

Neste aspecto, é de se notar a similaridade da legislação brasileira com a filosofia do “*fresh start*” (recomeço), cunhada no direito norte-americano. À título de exemplo, no Capítulo 13 do *Bankruptcy Code*, é prevista a renegociação global das dívidas do superendividado, permitindo que o devedor mantenha seus bens e pague suas dívidas ao longo do tempo, geralmente de três a cinco anos, evidenciando o mesmo período para pagamento imposto pela Lei 14.181/21. Há ainda outras semelhanças na lei brasileira com o mesmo capítulo da lei americana, como a apresentação de um plano de pagamento das dívidas que, após 20 a 50 dias da abertura do procedimento, culminará em uma reunião entre devedor, credores e administrador (trustee), a fim de que todas as partes cheguem a um consenso sobre o plano.

Ultrapassando o âmbito judicial, a nova legislação brasileira impõe uma responsabilidade concorrente e facultativa aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor de atuarem na fase conciliatória do processo de repactuação de dívidas, conforme estabelecido no artigo 104-C. Dessa forma, observa-se uma tentativa de resolução do conflito por meio da esfera administrativa, o que também se aproxima do tratamento do superendividamento na legislação francesa.

De maneira um pouco distinta da legislação norte-americana, a política de tratamento francesa enxerga o devedor como pessoa responsável pela sua conduta insolvente, necessitando ser “reeducado” pelo Estado. Assim, o procedimento de tratamento do superendividamento na França ocorre com a iniciativa do devedor, no âmbito administrativo, perante as comissões de superendividamento. As referidas comissões francesas são chamadas de *Commissions de Surrendettement*, as quais atuam de forma obrigatória na fase pré-judicial, analisando as declarações de ativos e passivos apresentadas pelos devedores, decidindo fundamentadamente sobre sua admissibilidade. No caso de indeferimento da declaração, o devedor poderá recorrer ao poder judiciário¹³.

Diante do exposto, a tentativa da Lei 14.181 de 2021 de estabelecer uma atuação da esfera administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor revela-se de grande importância, haja vista a efetividade do exemplo francês no combate ao superendividamento no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise da nova Lei 14.181 de 2021, constatou-se que a chamada “Lei do Superendividamento” agregou referências tanto da legislação francesa quanto da legislação norte-americana. Observa-se uma abordagem mista da filosofia americana do “*fresh start*” que enxerga o superendividamento como um fenômeno natural da sociedade de consumo, com o modelo europeu/francês, em que o superendividamento é visto como oriundo unicamente das atitudes do consumidor que se excede.

Entretanto, a despeito da inovação e relevância da nova lei brasileira, é importante ressaltar que alguns pontos careceram de maior detalhamento por parte do legislador, como a ausência de uma definição do mínimo existencial e a falta de uma classificação mais aprofundada sobre quem é a figura do devedor superendividado, conforme demonstrado neste artigo.

¹³ Gontijo, Patrícia Maria Oliva. *A regulamentação do superendividamento como forma de concretização do estado democrático de direito*. Tese (Curso de Pós-graduação Stricto Sensu) – Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, Minas Gerais. 2010. p. 136.

A nova Lei do Superendividamento, apesar de algumas carências dispositivas, demonstra-se como um grande marco na prevenção e no combate ao superendividamento no Brasil, trazendo inspirações do direito internacional que a muito os doutrinadores e juristas lutavam para que fossem incorporadas à legislação pátria.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Endividamento de Risco no Brasil*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/serie_cidadania/serie_cidadania_financeira_6_endividamento_risco.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2021

BRASIL. *Lei nº. 10.820, de 17 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº. 14.181, de 1º de julho de 2021*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *O fenômeno do superendividamento e seu reflexo na jurisprudência*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/28022021-O-fenomeno-do-superendividamento-e-seu-reflexo-najurisprudencia2.aspx?fbclid=IwAR3TPYnVj8m2klldot4VqXCBjWIGtglR-0IXA9JfoZydZVg9DqMeNeMkA8>. Acesso em: 10 dez. 2021.

JOELSONS, Marcela; MUNHOZ, Nathália. A Lei do Superendividamento e o conceito de mínimo existencial. *Conjur*, 20 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-20/opinio-lei-superendividamento-conceito-minimo-existencial>. Acesso em: 10 dez. 2021.

DA COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

GONTIJO, Patrícia Maria Oliva, A. *A regulamentação do superendividamento como forma de concretização do estado democrático de direito*. Tese (Curso de Pós Graduação Stricto Sensu) – Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, Minas Gerais. 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Marques, Maria Manuel Leitão. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

Mattos, Fabiana Lopes Fernandes. *A necessidade da tutela jurídica do superendividamento como forma de política pública de proteção ao consumidor*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2012.

REPÚBLICA FEDERATIVA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Bankruptcy Code*. Title 11, United States Code.

REPÚBLICA FRANCESA. *Code de la Consommation*. Lei n° 93.949/1993.

REPÚBLICA FRANCESA. *Lei Neiertz*, Lei n°. 89.1010/1990.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: Conceito, Pressupostos e Classificação. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n° 26, p. 167 – 184, 2009.

5. SUPERENDIVIDAMENTO ESTUDANTIL: COMO A REDUÇÃO DO FIES E O AUMENTO DO FINANCIAMENTO PRIVADO PODEM LEVAR AO SUPERENDIVIDAMENTO DO ESTUDANTE BRASILEIRO DO ENSINO SUPERIOR



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-05>

*Andréia Fernandes de Almeida Rangel*¹

*Mariana Scofano Martins*²

*Marina Fikota Mendes*³

RESUMO

Este artigo partiu das problemáticas acerca do porquê e do como do aumento do superendividamento estudantil no Brasil. Com base na análise teórica e de dados, identificamos que a redução do Fies levou ao aumento da procura pelo financiamento privado. As diferenças entre os modelos público e privado, a crise econômica e a falta de acesso à informação são alguns dos fatores que estimularam o aumento do superendividamento. A pesquisa permanece em desenvolvimento, mas já foi possível demonstrar a necessidade de regras e fiscalização mais rígidas

¹ Pós-doutoranda na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) sob a orientação da Profa. Dra. D. h. c. Cláudia Lima Marques. Doutora em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Membro do Núcleo Docente Estruturante da Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Líder do Grupo de Pesquisa A SIMBIOSE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: os limites da ingerência estatal no âmbito das relações privadas (FND/UFRJ). Pesquisadora no grupo de pesquisa CNPq Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização liderado pela Profa. Dra. Dr. h. c. Cláudia Lima Marques. Avaliadora de Curso Superior (INEP - MEC). Associada Titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Associada do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON. E-mail: andreiafalcone@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4744-3613>. ID Lattes: 5702285453738120.

² Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisadora na área de Direito Civil. Membro do Grupo de Pesquisa "A simbiose entre público e privado". Estagiária em Contencioso Cível e Arbitragem no Mattos Filho Advogados. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5350591601406232>. Orcid: 0000-0001-9849-0113.

³ Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisadora na área de Direito Civil. Membro do Grupo de Pesquisa "A simbiose entre público e privado". Estagiária em Compliance na SBM Offshore. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7376823184191864>. Orcid: 0000-0003-4951-5649.

para o financiamento estudantil, incluindo condições justas de pagamento e maior controle das informações prestadas.

Palavras-chave: Superendividamento; Financiamento Estudantil; Fies; Educação; Instituições de Ensino Superior.

ABSTRACT

This article's research problem refers to why and how the students' over indebtedness has been increasing in Brazil. Based on both a theoretical and a data analysis, we have identified that cuts on Fies have led to an increase in the search for private fundings. The differences between the public and private models, the economic crisis and the lack of access to information are some of the factors that have stimulated the increase of over indebtedness. The research is still ongoing, but it was already possible to demonstrate the need for more strict rules and a closer monitoring regarding educational financing programs, including fair payment conditions and further control over the information given.

Keywords: Over indebtedness; Educational Fundings; Fies; Education; High Education Institutions.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. histórico do financiamento de crédito estudantil público no brasil; 3. Consequências do aumento do financiamento estudantil privado; 4. Desenvolvimentos futuros da pesquisa; 5. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Consumidor, segundo o Código de Defesa do Consumidor, é "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"⁴. Nesse sentido, de acordo com a atual conjuntura econômica brasileira, agravada pela

⁴ Artigo 1º da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor ou CDC)

pandemia da COVID-19, a problemática do superendividamento do consumidor está cada vez mais latente. Contudo, após mais de uma década de estudos e intensos debates, foi promulgada em 01 de julho de 2021 a Lei nº 14.181, a chamada Lei do Superendividamento. A lei traz a definição do consumidor superendividado, o qual está impossibilitado de pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, isto é, a sua subsistência, ferindo a dignidade da pessoa humana⁵.

Sob este novo prisma legislativo, propõe-se estudar o superendividamento dentro do escopo da educação. Mais precisamente, do ensino superior. A presente pesquisa está centrada na preocupação com os jovens consumidores estudantes universitários, os discentes de instituições privadas de ensino, os quais estudam com subsídios de parcelamento público, o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), ou de parcelamento privado, este entendido como mecanismos criados pela própria universidade para financiar as mensalidades dos respectivos cursos, ou, ainda, com recursos de instituições financeiras privadas, que realizam financiamentos estudantis.

Para tanto, o objetivo geral da pesquisa é o de investigar e demonstrar a possível correlação entre a significativa redução do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) do Governo e o aumento da procura por formas de financiamento privado, relacionando-os com o superendividamento de jovens estudantes. A hipótese das autoras é que a atual redução do Fies aqueceu a procura por programas de financiamento de crédito estudantil privados, o que gerou um aumento do superendividamento dos jovens brasileiros que buscam por um diploma de Ensino Superior.

Sob este diapasão, a metodologia utilizada é a de pesquisa empírica qualitativa, corroborada pela exploratória documental. Em primeiro lugar, abordar-se-á a história da criação e do declínio do Fies, bem como do concomitante crescimento do setor de financiamento privado do ensino superior. Em seguida, argumenta-se como a posição de vulnerabilidade financeira do jovem estudante frente às armadilhas do financiamento estudantil privado pode torná-lo um

⁵ Artigo 54-A, §1º do CDC, incluído pela Lei 14.181 de 01 de julho de 2021 (Lei do Superendividamento)

consumidor superendividado. Por fim, expõe-se em maiores detalhes as intenções para o futuro da pesquisa, incluindo a futura aplicação do questionário elaborado pelas autoras a ser aplicado em estudantes de instituições de ensino superior (IES), como um medidor qualitativo da saúde financeira do jovem financiado por qualquer crédito estudantil.

O resultado deste cenário é um aumento do superendividamento da população estudantil, sendo imperiosa uma resposta ao quadro brasileiro. A promulgação da Lei nº 14.181 se mostrou imprescindível para incluir e reincluir esses consumidores no mercado de consumo, assim como a criação de políticas públicas voltadas para minimizar este cenário e a crise financeira drástica que está no porvir.

2 HISTÓRICO DO FINANCIAMENTO DE CRÉDITO ESTUDANTIL PÚBLICO NO BRASIL

Se desejamos entender como a redução do Fies, como projeto de governo, está relacionada ao aumento da procura por financiamento privado, devemos antes de tudo compreender a história do programa e o cenário de ascensão da iniciativa privada no financiamento do ensino superior brasileiro.

O Fundo de Financiamento de Estudantil (Fies) é política pública de natureza contábil que visa financiar a educação superior de estudantes brasileiros em instituições de ensino privadas⁶. O Fies nasceu da medida provisória (MP) nº 1.827, de 27 de maio de 1999 e foi posteriormente convertido em lei em 2001, com a Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001 (Lei do Fies), em substituição a um antigo projeto falido⁷ da década de 1970 que cultivava o mesmo propósito de inserção de jovens no ensino superior, o Programa de Crédito Estudantil, mais conhecido como PCE ou Creduc.

⁶ O artigo 1º da Lei do Fies foi alterado diversas vezes desde sua vigência, mas a redação consolidada pela alteração legislativa de 2017, ainda em vigor, é bastante pertinente ao definir, sucintamente, o que é o Fies. De acordo com ele: "Art. 1º, Lei n 10.260/2001. É instituído, nos termos desta Lei, o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), de natureza contábil, vinculado ao Ministério da Educação, destinado à concessão de financiamento a estudantes de cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério, de acordo com regulamentação própria."

⁷ NEVES, Rodrigo Meleu das. Fundo de financiamento estudantil (fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 - 2020). Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 216-217.

O Creduc subsidiou cerca de 870 mil estudantes durante sua vigência de mais de duas décadas⁸. Comparativamente, o Fies alcançou um recorde de 733 mil contratos financiados em um só ano, em 2014⁹. O baixo número de contratos alcançados pelo Creduc se deu por constantes renovações do programa que limitavam cada vez mais o acesso dos estudantes ao financiamento, restringindo o escopo da política. Além disso, um “passa ou repassa” de autarquias e entidades responsáveis pelo programa tornou o Creduc uma confusão burocrática executiva e dificultou sua aplicação plena e teleológica¹⁰. Assim, é comum considerar o Creduc como um experimento fracassado, originado na ditadura militar e que não distanciou o Brasil das amarras de elitistas do ensino e pouco avançou na democratização do ensino superior brasileiro.

Já o Fies, foco deste trabalho, surgiu em 1999, sob o nome de Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior e se proliferou em cenário diferente do Creduc, colhendo outros frutos. Em síntese, o trecho de Meleu¹¹ é bastante elucidativo quanto ao funcionamento básico do financiamento estudantil promovido pelo Governo Federal. Segundo o autor:

Os recursos do Fies são repassados mensalmente pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE)³⁸, em função direta aos contratos honrados pelos estudantes junto aos agentes financeiros credenciados no Fies, e o pagamento é realizado junto às entidades mantenedoras das instituições de

⁸ NEVES, Rodrigo Meleu das. Fundo de financiamento estudantil (fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 - 2020). Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 216.

⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. *Diagnóstico Fies*. Brasília, 2017, 17 f., p. 5.

¹⁰ Para entender mais sobre as mudanças ocorridas na gestão do Creduc, veja em: NEVES, Rodrigo Meleu das. Fundo de financiamento estudantil (fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 - 2020). Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 216: “De um modo geral, o Creduc operava assim: até 1983, era administrado pela CEF, pelo BB e outros bancos comerciais, quando o financiamento cobrava encargos anuais de 15%, dos quais 12% remuneravam o agente financeiro, e 3% mantinham um fundo de risco do programa. A amortização do crédito utilizava Tabela Price. Na sequência, o Programa passa a ser mantido pelo orçamento do MEC e pelo Fundo de Assistência Social (FAS), gerido pelas loterias e administrado unicamente pela CEF. A partir de 1988, mais precisamente após a promulgação da CF (BRASIL, 1988), o Creduc passa a ser mantido apenas pelo MEC, até 1992, quando foi totalmente reformulado, e, finalmente, institucionalizado, por meio da Lei nº 8.436, de 25 de junho (BRASIL, 1992).”

¹¹ NEVES, Rodrigo Meleu das. Fundo de financiamento estudantil (fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 - 2020). Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 218.

ensino superior por meio de Certificados Financeiros do Tesouro – Série E (CFT-E)³⁹. (BRASIL, 2018a). Entende-se por ordens de pagamento dessa natureza como “títulos públicos emitidos pelo Tesouro Nacional, intransferíveis e que devem ser utilizados prioritariamente no pagamento de contribuições previdenciárias e demais tributos administrados pela Receita Federal” (FNDE, 2018f).¹²

Ou ainda, segundo estudo elaborado no âmbito da Câmara dos Deputados¹³:

Após período de carência, ou antecipadamente a pedido, terá início a fase de amortização do saldo devedor do financiamento concedido, momento em que os recursos arrecadados pela União são contabilizados como receita pública. O benefício creditício configura-se com a diferença entre o custo de captação do Governo Federal e a taxa de juros com que o programa oficial de crédito é operacionalizado.

Assim, nos programas de financiamento estudantil, ocorre a concessão do crédito e a posterior amortização (operações de natureza financeira). Não há realização de despesa primária e direta, razão pela qual ao benefício creditício é associado um gasto denominado subsídio implícito. O valor previsto desse subsídio consta das leis orçamentárias e é estimado pela Secretaria de Política Econômica, do Ministério da Fazenda, conforme determinação do art. 165, § 6º, da Constituição Federal.

Desde sua vigência, o Fies passou por diferentes reformulações, alterando desde sua nomenclatura, prerrogativas de adesão e abrangência, como renda mínima, taxa de carência, máximo de parcelas, percentual de financiamento, acordos

¹² No mesmo sentido, descreve a Lei do Fies em seus artigos 7º e 8º: “Art. 7º Fica a União autorizada a emitir títulos da dívida pública em favor do FIES. § 1º Os títulos a que se referem o caput serão representados por certificados de emissão do Tesouro Nacional, com características definidas em ato do Poder Executivo. § 2º Os certificados a que se refere o parágrafo anterior serão emitidos sob a forma de colocação direta, ao par, mediante solicitação expressa do FIES à Secretaria do Tesouro Nacional. § 3º Os recursos em moeda corrente entregues pelo FIES em contrapartida à colocação direta dos certificados serão utilizados exclusivamente para abatimento da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional. Art. 8º Em contrapartida à colocação direta dos certificados, fica o FIES autorizado a utilizar em pagamento os créditos securitizados recebidos na forma do art. 14.”

¹³ BRASI. Câmara dos Deputados. *Financiamento da educação superior no Brasil: impasses e perspectivas*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018, 186 f., p. 68.

de renegociação de dívidas e afins. É pela constante mutação do programa que especialistas no tema dividem a política pública do Fies em quatro grandes etapas, as quais expõem com clareza o desenvolvimento do programa: de sua formulação até o desmantelamento promovido pelo governo ao longo dos últimos anos.

Na sua primeira etapa, desenhada de 1999 até 2009, o Fies foi considerado programa de resultados tímidos, celebrando somente 530 mil contratos. Um motivo que explica a lenta disseminação do Fies em sua década inicial é a exigência de fiador, que afastava importante grupo socioeconômico do acesso ao programa¹⁴. Além disso, em sua composição inicial, o Fies não previa período de carência, isto é, o estudante devia iniciar o pagamento das taxas do empréstimo desde o início do curso. Introduzida em 2007 e ampliada em 2009, o período de carência foi estendido a 18 meses após o término do curso, o que possibilitou uma maior taxa de adimplemento dos contratos celebrados no âmbito do Fies e preparou o terreno do seu cenário expansão, a segunda etapa¹⁵.

Conhecida como a "Festa do Fies", o período de 2010 até 2014 é o apogeu do programa, modificado por importante repaginação legislativa e que alcançou recorde de quase 2 milhões de contratos firmados¹⁶. Alterado pela Lei nº 12.202/2010 o Fies foi amplamente reformulado pelo ano inaugural do governo Dilma e passou a ser controlado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). O orçamento foi agigantado, os juros foram reduzidos, o prazo para pagamento das parcelas foi ampliado e a exigência de fiador caiu por terra¹⁷⁻¹⁸. Era possível, ainda,

¹⁴ NEVES, Rodrigo Meleu das. *Fundo de financiamento estudantil (fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 - 2020)*. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 220-22.

¹⁵ Mudanças promovidas pelas duas leis, respectivamente: Lei nº 11.552 de 19 de novembro e 2007 e Lei nº 11.941 de 27 de maio de 2009

¹⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. *Diagnóstico Fies*. Brasília, 2017, 17 f., p. 5.

¹⁷ Sobre a expansão do orçamento do Fies, Neves discorre em: "Essas mudanças seriam rápidas e fundamentais para os desdobramentos da política. Se até 2010 o orçamento do Fies orbitava em torno de R\$ 1 bilhão anuais, os anos seguintes apresentariam rubricas de até R\$ 21 bilhões (2017)" (NEVES, Rodrigo Meleu das. *Fundo de financiamento estudantil (fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 - 2020)*. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 221)

¹⁸ A figura do fiador elegível pelo estudante foi substituída por uma espécie de seguro fiança do governo, o FGEDUC, que funciona como o devedor solidário do financiado e assegura seu risco de crédito: "A criação do Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo (FGEDUC) é outra novidade. Esse fundo atua como garantia nos contratos de estudantes beneficiários de bolsas parciais do Programa Universidade para Todos (ProUni) matriculados em cursos de licenciatura. O FGEDUC atende também estudantes com renda familiar mensal bruta per capita de até 1,5 salário

conjugar programas de auxílio à educação, como complementar as bolsas parciais do Prouni com o Novo Fies, além do avanço de políticas incentivadoras do credenciamento das IES junto ao Governo Federal¹⁹⁻²⁰. Consequência direta dessa nova diretriz do Fies foi a rápida subida dos contratos celebrados, alcançando o programa sua era de ouro do acesso ao ensino superior, ainda muito aquém das metas do PNE²¹.

De 2014 a 2017, na terceira fase do Fies, houve importante mudança que construiu o cenário do desmantelamento do programa e provocou a drástica redução do acesso dos estudantes ao financiamento estatal. De acordo com a narrativa do governo, a Festa do Fies trouxe consequências fiscais insustentáveis²² que, somadas ao cenário econômico fragilizado do segundo governo Dilma, forçaram a repaginação e o enxugamento do Fies. Além disso as taxas de inadimplência cresciam²³ e dilataram a pressão por um “Novo Fies”, menos abrangente, que eventualmente venceu a disputa e foi aprovado.

Assim, em 2017, é publicada a Lei nº 13.530, que marca a quarta e atual etapa do Fies. Este momento é marcado por constantes modificações no programa, como alteração nos critérios de adesão do Fies para reduzir sua abrangência, bem como o retorno de algumas exigências como a de fiador para aqueles estudantes que se encaixavam em um determinado perfil de financiamento²⁴. Além disso, outro denominador ilustrativo do recrudescimento do Fies foi o enrijecimento do acesso

mínimo. Com o fundo, os estudantes podem contratar o financiamento sem a exigência de fiador.” Ministério da Educação apud NEVES, Rodrigo Meleu das. *Fundo de financiamento estudantil (fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 - 2020)*. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 225.

¹⁹ ANDRÉS, Aparecida. *Financiamento Estudantil no Ensino Superior*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2011, 48 f., p. 9.

²⁰ Para saber mais sobre o Prouni, veja em: NEVES, Rodrigo Meleu das. *Fundo de financiamento estudantil (fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 - 2020)*. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 226.

²¹ BRASIL. Ministério da Fazenda. *Diagnóstico Fies*. Brasília, 2017, 17 f., p. 5.

²² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Financiamento da educação superior no Brasil: impasses e perspectivas*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018, 186 f., p. 69-70.

²³ CAPPI, Lis. Fies completa 20 anos com 47% dos atuais estudantes inadimplentes. *Poder 360*, Brasília, 28 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/fies-completa-20-anos-com-47-dos-atuais-estudantes-inadimplentes/>. Acesso em: 07 jan. 2022.

²⁴ NEVES, Rodrigo Meleu das. *Fundo de financiamento estudantil (fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 - 2020)*. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 256-257.

ao programa pelo Exame Nacional do Ensino Médio, que outrora era importante porta de entrada para o Fies na sua época de ouro: hoje, a nota a ser obtida é ainda mais alta e as vagas ofertadas pelo Enem foram reduzidas²⁵. Consequência lógica: o volume de empréstimos caiu pela metade no ano inaugural da pandemia de Covid-19 no Brasil, atingindo nova baixa na tendência já decrescente do programa²⁶.

Acompanhado a esse movimento, o inadimplemento do Fies não foi resolvido de maneira satisfatória, e as IES adotaram comportamento semelhante àquele dos finais anos do Ceduc: as instituições passaram a sair do Fies e promover iniciativas próprias mais lucrativas²⁷. É neste contexto que o crédito estudantil privado toma linear de ascensão²⁸ e levanta preocupações sobre a saúde financeira dos novos estudantes que merecem ser estudadas.

3 CONSEQUÊNCIAS DO AUMENTO DO FINANCIAMENTO ESTUDANTIL PRIVADO

Conforme discutido no item anterior, com o projeto de desmantelamento do Fies adveio um considerável aumento dos programas de financiamento estudantil privados.

Se por um lado, assim como o Fies, esses programas têm o mérito de possibilitar o ingresso de mais jovens à universidade, por outro o seu compromisso majoritário com o lucro e a ausência de uma fiscalização e regulamentação eficientes podem acarretar prejuízos significativos a médio e longo prazo para os estudantes que a eles aderem.

²⁵ SALDAÑA Paulo. Governo Bolsonaro reduz oferta do Fies a partir de 2021 e eleva desempenho mínimo no Enem. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/12/governo-bolsonaro-reduz-oferta-do-fies-a-partir-de-2021-e-eleva-desempenho-minimo-no-enem.shtml>. Acesso em: 07 jan. 2022.

²⁶ BRASIL. Ministério da Educação. *Financiamentos concedidos*. Disponível em: https://www.gov.br/fnde/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-eprogramas/financiamento/fies/mantenedora_ies/financiamentos-concedidos. Acesso em: 07 jan. 2022.

²⁷ NEVES, Rodrigo Meleu das. Fundo de financiamento estudantil (fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 - 2020). Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 217.

²⁸ BRITO, Denise; CORONATO, Marcos. Com recuo do Fies, setor privado empresta mais dinheiro para universitários. *Época*, O Globo. 19 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/economia/noticia/2017/02/com-recuo-do-fies-setor-privado-empresta-mais-dinheiro-para-universitarios.html>. Acesso em: 07 jan. 2022.

Ilustra esse cenário a possibilidade de renegociação das dívidas do Fies que ocorre com maior regularidade e amplitude do que o que costuma ocorrer nas instituições privadas. No dia 30/12/2021, por exemplo, foi publicada a MP 1.090/2021 que permite o abatimento de até 86,5% das dívidas de estudantes do Fies, podendo aumentar para 92% para aqueles inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo²⁹.

Além disso, outro fator a ser considerado é que os jovens e adultos que ingressam na universidade por meio de programas de financiamento são muitas vezes levados a acreditar que os valores das parcelas e juros serão mais baixos do que são na realidade. As primeiras parcelas por vezes são mais baratas que as seguintes, e a ideia de pagar parte ou todo o valor apenas ao final do curso parece muito atrativa.

Na prática, no entanto, o desemprego que assola milhões de brasileiros também afeta aqueles com ensino superior. No Brasil, metade dos profissionais formados entre 2019 e 2020 estão desempregados, e apenas 14,87% conseguiram emprego nas suas áreas de formação, de acordo com pesquisa realizada pelo Nube (Núcleo Brasileiro de Estágios)³⁰.

Conforme dados do IBGE ³¹, as taxas gerais de desemprego também cresceram vertiginosamente durante a pandemia. A crise econômica que já vigorava no Brasil desde bem antes do surto de Covid-19 começou a se refletir nos índices de desempregados no final de 2014, início de 2015, momento em que o total de desempregados subiu de 6,6% para 8%. No final de 2018 esse número havia crescido para 11,7%, atingindo o valor máximo de 14,9% em meados de 2020 e no início de 2021. No último trimestre de 2021 observou-se uma melhora nos números, que decaíram para 12,6%.

²⁹ BRASIL. *Medida provisória nº 1.090/2021, de 30 de dezembro de 2021*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 2021.

³⁰ O estudo teve a participação de 8.465 brasileiros de todos os estados do país e Distrito Federal. Disponível em: <https://www.nube.com.br/clipping/2021/04/18/apenas-15-conseguem-emprego-na-area-em-ate-3-meses-apos-formatura-diz-pesquisa-barriga-noticias>. Acesso em 07 jan. 2022.

³¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD Continua*. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=desemprego. Acesso em: 07 jan. 2022.

No que se refere aos jovens, no entanto, a pesquisa aponta que a taxa de desemprego é ainda mais dramática. O número de desempregados entre pessoas de 18 a 24 anos foi de 25,7%, tendo atingido o máximo de 30,6% em 2020.

Ou seja, jovens de baixa renda que vêm no ensino superior uma oportunidade de melhorar sua condição de vida, no cenário de crise econômica que vivemos, muitas vezes têm os seus sonhos frustrados e terminam superendividados.

Isso se dá porque, em um cenário de crise econômica como o que vivemos no Brasil, a expectativa de um aumento significativo na renda durante ou após o período de estudos muitas vezes não ocorre.

Outro aspecto relevante à discussão é o direito à informação e a publicidade enganosa ou abusiva por parte das IES. Em uma pesquisa rápida no *google*, notamos que são termos frequentemente identificados em propagandas de financiamento estudantil: "ausência de burocracia", "facilidade", "oportunidade", "investimento no futuro", "baixo valor das parcelas", "juros reduzidos" e "metade do pagamento após a formatura". Tratam-se de termos atrativos que levam o receptor da mensagem a visualizar um atalho para o curso dos seus sonhos. É regular a omissão dos valores das parcelas nas propagandas, e o valor total da soma destas, acrescido de possíveis juros, jamais é explicitado.

As práticas de propaganda abusiva, as omissões nos contratos de financiamento estudantil, a falta de conhecimento dos jovens acerca dos índices de desemprego e das expectativas salariais de suas futuras carreiras quando recém-formados, além da ausência de critérios para a aplicação, como o da realização prévia do enem com obtenção de nota mínima - exigido pelo Fies -, em muitos dos programas de financiamento privados (que indicaria maior chance de o estudante conseguir obter um bom aproveitamento do curso e de conquistar um emprego após formado), são algumas das causas possíveis para o superendividamento de estudantes.

Nesse sentido, em nossa pesquisa desenvolvemos um questionário a ser aplicado em estudantes do ensino superior privado para identificar, através de uma pesquisa qualitativa, quais os fatores que levam os estudantes a uma situação de endividamento tão crítica que eles precisam contrair novas dívidas para pagar a

primeira, e terminam pagando apenas juros, sem conseguir se ver livres do endividamento.

Dentre as questões levantadas no questionário, estão a possível inserção de informações dúbias ou camufladas nas propagandas e nos contratos de financiamento estudantil. Para obter uma resposta acerca da visão dos próprios estudantes de universidades privadas, em especial daqueles que precisaram de financiamento estudantil, acerca de tais hipóteses, aplicaremos um questionário online visando aprofundar a análise qualitativa de tais fatores.

Nesse sentido, perguntaremos se aqueles que estão respondendo à pesquisa: (i) foram informados desde o momento da contratação acerca do valor total da dívida do financiamento; (ii) se já tiveram que recorrer à parcela mínima do financiamento; (iii) se sabem o quanto a sua futura profissão costuma receber; (iv) como eles avaliam as chances de conseguirem um emprego logo após o término da graduação; (v) se o salário de entrada da sua futura profissão permite a eles conciliar as despesas fixas do seu custo de vida com o pagamento das parcelas; (vi) se eles se consideram superendividados; (vii) se conhecem terceiros superendividados; e (viii) se desejam relatar algo sobre a sua experiência pessoal no que se refere ao tema do superendividamento estudantil.

Esses fatores podem ser agrupados essencialmente em três linhas: a primeira refere-se à ausência de informação no geral acerca do mercado de trabalho e dos programas de financiamento estudantil por parte dos estudantes, a segunda ao agravamento do cenário de crise econômica que leva a um prejuízo na situação financeira dos que contraem dívidas estudantis, que passam posteriormente a não poder pagá-las, e a terceira remete à ação de má-fé por parte das instituições de financiamento estudantil que se utilizam de publicidade abusiva para convencer os jovens a aderir aos programas de financiamento sem fornecer as reais condições do contrato, ou pior, alterando-as posteriormente.

A soma dessas circunstâncias, cada uma na sua porção correspondente, implica na situação de aumento do superendividamento estudantil que identificamos hoje.

4 DESENVOLVIMENTOS FUTUROS DA PESQUISA

A presente pesquisa vem buscando demonstrar a relação entre o aumento do superendividamento estudantil e da diminuição dos recursos destinados ao Fies, assim como a urgência na adoção de medidas para minimizar o impacto devastador que tem na população estudantil. Ressalta-se que o superendividamento constitui um risco que ultrapassa a figura do endividado, prejudicando todo o sistema financeiro do país.

Após a análise teórica (revisão de literatura) e de dados governamentais que embasaram a elaboração deste artigo, a próxima etapa da pesquisa constituirá na aplicação do questionário já elaborado para obter respostas dos estudantes do Ensino Superior privado acerca da sua própria realidade e perspectiva no que se refere ao aumento do superendividamento estudantil.

Por meio de um estudo qualitativo das respostas obtidas, analisaremos como os dados estudados interferem de forma prática e concreta no cotidiano dos estudantes. O questionário nos permitirá incrementar, alterar ou rever parte das conclusões obtidas preliminarmente para esse artigo, trazendo mais vozes, informações e narrativas para o melhoramento da análise realizada.

Enviamos o questionário para a Plataforma Brasil³² com a devida proposta de termo de consentimento, visando assegurar a viabilidade ético-prática da sua aplicação. Uma vez aprovado, o questionário será divulgado por nós nas redes sociais, através de grupos de estudantes no whatsapp, facebook, instagram, linkedin, dentre outros.

O preenchimento do formulário conferirá horas complementares aos estudantes, que deverão inserir nome completo, CPF e instituição de ensino, o que evitará que a mesma pessoa o responda mais de uma vez e dará maior credibilidade para os resultados obtidos. Os estudantes também darão informações que permitirão traçar o seu perfil socioeconômico, de forma a entender melhor a realidade fática de cada um e o contexto das respostas dadas.

³² Para saber mais sobre a Plataforma Brasil: <http://www.cep.ufrpe.br/br/plataformabrasil>.

Os dados das respostas serão analisados qualitativamente e, também, por meio de estatísticas que possibilitarão às pesquisadoras situar qual foi o recorte das respostas, uma vez que ao serem divulgadas online não teremos controle acerca de quem irá respondê-las. Ou seja, se ao final do questionário identificarmos, por exemplo, que a maior parte dos estudantes que respondeu o questionário era de determinado estado, ou da mesma instituição de ensino, ou ainda que eles recorreram às mesmas instituições de financiamento, esses fatores serão considerados na análise e devidamente registrados nas publicações subsequentes.

Realizamos uma pesquisa jurisprudencial preliminar nos tribunais superiores sem obter resultados, mas ainda pretendemos continuar buscando julgados sobre o tema. Além disso, a partir dos resultados obtidos no questionário iremos analisar contratos de financiamento estudantil privado. Selecionaremos alguns contratos exemplificativos para valorar a clareza das informações prestadas, a acessibilidade da leitura e a conformidade do seu conteúdo com a legislação.

Já no que se refere à preliminar pesquisa jurisprudencial realizada, o número de decisões que chegaram às cortes superiores referentes ao superendividamento estudantil no Brasil ainda é bastante reduzido, em razão de ser um tema relativamente recente e da prioridade no julgamento de ações de superendividamento de idosos. Ainda assim, prosseguimos na busca de julgamentos já realizados para observar como os magistrados brasileiros vêm tratando o tema em questão.

Assim, ao finalizar a pesquisa, visamos ter traçado um perfil socioeconômico dos participantes e analisado como eles enxergam a situação de superendividamento estudantil própria ou de terceiros nas faculdades particulares, contribuindo, assim, para a análise do cenário do superendividamento do consumidor universitário. A partir dos dados obtidos, esperamos demonstrar a necessidade do aumento das medidas protetivas para esses consumidores, além de constatar o impacto negativo da ausência de regulamentação e fiscalização para todo o sistema econômico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O superendividamento no Brasil atingiu níveis altíssimos durante a pandemia de Covid-19, impactando de forma grave a vida de milhões de brasileiros. A impossibilidade de pagar as dívidas contraídas de boa-fé é sempre trágica, e se torna ainda mais problemática quando advém justamente da busca pela educação e profissionalização por parte da juventude.

Nesse contexto, ao longo dessa primeira etapa da pesquisa tivemos como objetivo levantar hipóteses e discutir de forma aprofundada e qualitativa como e porquê os estudantes estão sendo levados ao superendividamento.

Este primeiro artigo traz um compilado das conclusões obtidas pelas autoras a partir da leitura teórica acerca do tema, relacionada com os dados quantitativos referentes à realidade brasileira obtidos através dos relatórios divulgados por órgãos de pesquisa estatística como o IBGE e o NUBE.

Nos Estados Unidos e na Europa, o tema do superendividamento estudantil possui uma literatura acadêmica mais robusta e consolidada, que constitui a base conceitual por meio da qual pudemos formular as perguntas da pesquisa, que serão posteriormente divulgadas para serem respondidas por estudantes da rede privada de ensino superior, conforme explicado no item 3 acerca dos desenvolvimentos futuros da pesquisa. A partir das respostas obtidas, poderemos fazer os acréscimos e alterações que considerarmos pertinentes ao já exposto neste primeiro artigo.

Frente a isso, e analisando os impactos da redução do Fies na realidade do ensino universitário brasileiro nos últimos anos, visamos, por meio deste artigo, expor os resultados da análise crítica acerca das principais hipóteses levantadas no que se refere às razões que provocam o superendividamento na educação superior.

Comumente, os ingressantes no ensino superior privado possuem expectativas de salários e empregabilidade geralmente superiores do que as reais. Além disso, assim como ocorre com demais formas de financiamento, os valores totais da dívida a ser contraída raramente são anunciados no momento da contratação.

As empresas privadas de financiamento estudantil utilizam estratégias publicitárias abusivas e raramente são punidas pelas mesmas. Ressalta-se ainda a

ausência de compromisso das referidas instituições com a educação nacional, e a sua visão majoritariamente voltada para a obtenção de lucro.

Apesar dos dados alarmantes no que se refere às taxas de desemprego, no Brasil o ensino superior continua a ser entendido como um símbolo de status e um caminho único para a ascensão social. Na prática, no entanto, a crise econômica pela qual o país passa não permite que essas expectativas se tornem realidade no prazo esperado.

Programas governamentais como o Prouni e o Fies, além da instituição de cotas nas universidades públicas nas últimas décadas vinham tornando esses espaços mais democráticos e acessíveis para jovens provenientes de famílias de baixa renda. Os cortes nos programas de financiamento governamental advindos de um projeto ultra neoliberal de governo provocaram, por outro lado, um aumento na chamada 'mercantilização do ensino'.

Assim, reitera-se que, não obstante a presente pesquisa continuar em fase de desenvolvimento, as conclusões preliminares obtidas a partir da análise de dados e do estudo do tema a partir da literatura internacional já permitem concluir que existe a necessidade de maior atenção governamental à questão, tanto no que se refere à retomada de iniciativas públicas de democratização das universidades, quanto no que tange ao controle e fiscalização das instituições privadas de financiamento estudantil, coibindo práticas abusivas e garantindo aos estudantes pleno acesso à informação.

REFERÊNCIAS

ANDRÉS, Aparecida. *Financiamento Estudantil no Ensino Superior*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2011.

BRASI. Câmara dos Deputados. *Financiamento da educação superior no Brasil: impasses e perspectivas*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

BRASIL. *Lei no 10.260, de 12 de julho de 2001*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10260.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

BRASIL. *Medida provisória nº 1.090/2021, de 30 de dezembro de 2021*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. *Financiamentos concedidos*. Disponível em: https://www.gov.br/fnde/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/financiamento/fies/mantenedora_ies/financiamentos-concedidos. Acesso em: 07 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Diagnóstico Fies*. Brasília, 2017.

BRITO, Denise; CORONATO, Marcos. Com recuo do Fies, setor privado empresta mais dinheiro para universitários. *Época*, O Globo. 19 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/economia/noticia/2017/02/com-recuo-do-fies-setor-privado-empresta-mais-dinheiro-para-universitarios.html>. Acesso em: 07 jan. 2022.

CAPPI, Lis. Fies completa 20 anos com 47% dos atuais estudantes inadimplentes. *Poder 360*, Brasília, 28 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/fies-completa-20-anos-com-47-dos-atuais-estudantes-inadimplentes/>. Acesso em: 07 jan. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD Continua*. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=desemprego. Acesso em: 07 jan. 2022.

NEVES, Rodrigo Meleu das. *Fundo de financiamento estudantil (fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 - 2020)*. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

NÚCLEO BRASILEIRO DE ESTÁGIOS. *Pesquisa do Nube revela empregabilidade de recém-formados*. Disponível em: <https://www.nube.com.br/clipping/2021/04/18/apenas-15-conseguem-emprego-na-area-em-ate-3-meses-apos-formatura-diz-pesquisa-barriga-noticias>. Acesso em: 07 jan. 2022.

SALDAÑA Paulo, Governo Bolsonaro reduz oferta do Fies a partir de 2021 e eleva desempenho mínimo no Enem. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/12/governo-bolsonaro-reduz-oferta-do-fies-a-partir-de-2021-e-eleva-desempenho-minimo-no-enem.shtml>. Acesso em: 07 jan. 2022.

6. VOCÊ ACEITA COOKIES? A ALIMENTAÇÃO DA CULTURA DE CONSUMO EM DISBIOSE COM A LGPD



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-06>

Rafael da Silva Magalhães¹

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha²

Andréia Fernandes de Almeida Rangel³

RESUMO

A crescente migração das relações humanas do mundo físico para o virtual toma um novo rumo ao iniciar a pandemia do COVID-19. Isolados, a *internet* torna-se praticamente o único espaço de interação, sendo transportado para ela, também, o hiperconsumismo presente na sociedade hipermoderna, fazendo aumentar o e-commerce. Com um período prolongado de *vacatio legis* da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), os consumidores, agora titulares de tecnodados, se viram mais vulneráveis do que nunca. Portanto, este trabalho versa acerca do direito à privacidade que vem sofrendo sérios ataques pelas grandes corporações, especialmente pela coleta indiscriminada de dados via *cookies*.

Palavras-chave: LGPD; Privacidade e Consentimento; Cookies; Coleta de Dados;

¹ Graduando da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Membro do Grupo de Pesquisa A SIMBIOSE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: os limites da ingerência estatal no âmbito das relações privadas (FND/UFRJ). E-mail: faelmagalhaes2@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6317-2318>. ID Lattes: 4626121585321080.

² Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida – UVA. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Professor de Direito Civil do curso de graduação do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). E-mail: augustocastellobranco@gmail.com.

³ Pós-doutoranda na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) sob a orientação da Profa. Dra. D. h. c. Cláudia Lima Marques. Doutora em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Membro do Núcleo Docente Estruturante da Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Líder do Grupo de Pesquisa A SIMBIOSE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: os limites da ingerência estatal no âmbito das relações privadas (FND/UFRJ). Pesquisadora no grupo de pesquisa CNPq Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização liderado pela Profa. Dra. Dr. h. c. Cláudia Lima Marques. Avaliadora de Curso Superior (INEP - MEC). Associada Titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Associada do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON. E-mail: andreiafalmeida@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4744-3613>. ID Lattes: 5702285453738120.

Consumo.

ABSTRACT

The growing migration of human relations from the physical to the virtual world takes a new turn as the COVID-19 pandemic begins. Isolated, the internet becomes practically the only space for interaction, and the hyper-consumerism present in hypermodern society is also carried to it, increasing the use of e-commerce. With the prolonged period of *vacatio legis* of the LGPD, consumers, now holders of technodata, found themselves more vulnerable than ever. Therefore, this paper focuses on the right to privacy, which has been suffering serious attacks by large corporations, especially through the indiscriminate collection of data via cookies.

Keywords: LGPD; Privacy and Consent; Cookies; Data Collection; Consumption.

SUMÁRIO

1. *Introdução*; 2. *Hiperconsumo em tempos de hipermodernidade*; 3. *Consumo na pandemia do COVID-19*; 3.1. *Cookies*; 4. *O novo consumidor*; 4.1. *Coleta de dados e o consentimento*; 5. *Considerações finais*; *Referência*.

1 INTRODUÇÃO

Com a globalização e difusão dos meios de comunicação, o ser humano se depara, cada vez mais, com uma infinita variedade de produtos e bens para adquirir, podendo adquiri-los rápida e continuamente⁴. Sendo assim, a praticidade apresentada pela evolução tecnológica fomenta o *ethos* de consumo presente na hipermodernidade de Lipovetsky⁵, em que não se consome para viver, mas se vive para consumir. Neste momento sociocultural há um exagero de diversas características da modernidade, merecendo o hiperconsumo maximizado pela

⁴ GONÇALVES, A. Desejo na sociedade líquida de hiperconsumo. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, a. 5, v. 1, n. 1, p. 1-20, 2021.

⁵ LIPOVETSKY, G.; SERROY, Jean. *A Cultura-mundo*. Resposta a uma sociedade desorientada. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 32.

hipertecnização um destaque especial neste trabalho.

Tomando como base a mudança paradigmática imposta pelas medidas restritivas devido à pandemia do COVID-19, observa-se uma aceleração da digitalização das mais diversas formas de interação. Enquanto esta mudança se dava de maneira rápida, mas ainda gradual e dividindo espaço com a vida fora da *internet*, o isolamento social forçou os indivíduos a transportarem abruptamente toda a sua vida aos meios eletrônicos, incluindo seus hábitos consumistas. Com isso, diminuíram-se as idas às lojas físicas e uma forma de comércio já presente passa a ter um maior protagonismo: o comércio virtual ou *e-commerce*. Conforme aumenta este tipo de hábito de consumo, os consumidores, cuja vulnerabilidade já havia sido reconhecida legalmente, vão se tornando duplamente vulneráveis por serem, também, titulares de dados. Assim, surge a preocupação com os dados que são coletados a partir destas visitas às lojas virtuais e armazenados como *cookies*, muitas vezes impossíveis de se rejeitar, sendo provenientes de um consentimento implícito e desinformado, estando em clara disbiose com a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) e o direito à privacidade e, portanto, viciado⁶.

A utilização dos *cookies* enquanto ferramenta tecnológica alia-se a estratégias de *marketing* ao utilizar os dados obtidos de maneira, muitas vezes, irregular, para fomentar uma cultura já hiperconsumista, apelando para os impulsos inconscientes⁷. Assim, somada à distância que se está do objeto de compra, a hipossuficiência técnica do consumidor revela-se mais evidente, especialmente quando consideradas as publicidades direcionadas que compelem para um consumo mais desenfreado, desinformado e cíclico⁸.

O objetivo deste trabalho é criticar o uso indiscriminado de *cookies* em contraposição com o ordenamento jurídico pátrio, sugerindo ações suplementares da ainda tímida ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados) para tornar plenamente eficaz a legislação vigente, algo urgente neste momento em que os

⁶ TEPEDINO, G.; TEFFÉ, C. O consentimento na circulação de dados pessoais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020.

⁷ PARCHEN, C. et. al.. As Técnicas De Neuromarketing Nos Contratos Eletrônicos E O Vício Do Consentimento Na Era Digital. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 23, n. 2, 2018.

⁸ SCHREIBER, A. Contratos eletrônicos e consumo. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 88-110, 2014.

meios virtuais se encontram cada vez mais presentes. A metodologia utilizada consiste-se em uma análise sistemática das legislações que tratam da proteção de dados e dos direitos do consumidor, além pesquisas em obras primárias e secundárias com um viés qualitativo e sem restrição de idiomas nas plataformas SciELO e Google Acadêmico. As obras secundárias pesquisadas foram publicadas nos últimos dez anos.

2 HIPERCONSUMO EM TEMPOS DE HIPERMODERNIDADE

O termo hipermodernidade foi cunhado por Gilles Lipovetsky⁹, como uma alternativa à denominação pós-modernidade, mais difundida entre aqueles que, de forma algo difusa, têm estudado os fenômenos ocorridos a partir dos anos setenta do século XX¹⁰. Para o filósofo, embora a expressão pós-modernidade tenha o mérito de destacar a “profunda reorganização da forma de funcionamento social e cultural das democracias ocidentais avançadas”^{11 12}, falar em *hipermodernidade* seria preferível, uma vez que não se estaria diante de uma *ruptura* propriamente dita com a modernidade, mas de um *exacerbamento* de algumas das características das sociedades modernas¹³.

⁹ “(...) aquilo a que chamei de «hipermodernidade» é um modelo teórico para compreender o mundo contemporâneo. Este modelo baseia-se em três lógicas fundamentais: 1) o mercado; 2) a tecnociência; 3) e a cultura individualista democrática. Penso que o universo hipermoderno é aquele que dedicou toda a sua extensão aos três conceitos referidos e que causou a queda dos antigos limites a este universo mercante, técnico e democrático.” LIPOVETSKY, Gilles. Entrevista concedida a Carla Ganito. *Comunicação & Cultura*, Lisboa, 9, p. 155-163, 2010. p. 155.

Entrevista realizada por Carla Ganito, docente da Faculdade de Ciências Humanas e investigadora do CECC; a tradução e a revisão são de Ana Fabíola Maurício, doutoranda em Estudos de Cultura na Faculdade de Ciências Humanas e assessora científica do CECC. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10480/1/09.-Entrevista-a-Lipovetsky.pdf>.

¹⁰ Embora inexista total consenso teórico quanto a um marco histórico a partir do qual suas características tenham se tornado evidentes. Há autores que identificam nos movimentos ocorridos na França, no ano de 1968, e na obra *A Sociedade do Espetáculo*, de Guy Dabord, o marco inicial de eventos que desencadearam o fenômeno.

¹¹ ROCHA, Luis Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. Sociedade de hiperconsumo, cultura-mundo e privacidade: a tutela da vida privada e o pensamento de Gilles Lipovetsky. *Rjlb - Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. a. 5 n.01, 2019, p. 1396.

¹² LIPOVETSKY, Gilles. et. al. *Os Tempos Hipermodernos*. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 54.

¹³ ROCHA, Luis Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. Sociedade de hiperconsumo, cultura-mundo e privacidade: a tutela da vida privada e o pensamento de Gilles Lipovetsky. *Rjlb - Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. a. 5 n.01, 2019, p. 1396.

Independente da denominação adotada, o período estudado apresentaria algumas características evidentes, ressaltadas por Lipovetsky: o hipercapitalismo, a hipertecnicização, o hiperindividualismo e o hiperconsumo:

O mundo hipermoderno, tal como se apresenta hoje, organiza-se em torno de quatro polos estruturantes que desenham a fisionomia dos novos tempos. Essas axiomáticas são: o hipercapitalismo, força motriz da globalização financeira; a hipertecnicização, grau superlativo da universalidade técnica moderna; o hiperindividualismo, concretizando a espiral do átomo individual, daí em diante desprendido das coerções comunitárias à antiga; o hiperconsumo, forma hipertrofiada e exponencial do hedonismo mercantil. Essas lógicas em constantes interações compõem um universo dominado pela tecnicização universalista, a desterritorialização acelerada e uma crescente comercialização planetarizada. É nessas condições que a época vê triunfar uma cultura globalizada ou globalista, uma cultura sem fronteiras cujo objetivo não é outro senão uma sociedade universal de consumidores ¹⁴.

Muito embora todos esses aspectos estejam correlacionados, o hiperconsumo é o traço que impõe uma análise um pouco mais detida, dado os limites impostos por esse trabalho.

Analisando o construto de Lipovetsky, Fachin¹⁵ aponta para a existência de três fases históricas do capitalismo de consumo: a formação da sociedade de consumo, no início do séc. XX, a sua transformação em sociedade de consumo de massa nas duas décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial e sua potencialização abrupta, ocorrida ao final do século XX e perdurando até os dias atuais, sendo esta última fase o que se denominou de sociedade de hiperconsumo.

Na segunda dessas fases (a criação da sociedade de consumo de massas), ocorre a “consustanciação da mercantilização das necessidades cotidianas e uma

¹⁴ LIPOVETSKY, Gilles. et. al. *Os Tempos Hipermodernos*. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 54.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo et. all. *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2012. p. 28 – 33.

espécie de programação dos modos de vida"¹⁶, de modo que "Nesse jardim das delícias, o bem-estar tornou-se Deus, o consumo, seu templo, o corpo, seu livro sagrado"¹⁷.

A terceira fase, a do hiperconsumo, representou uma aceleração desse novo *ethos*. A hipermodernidade estabelece, aqui, um de seus paradoxos: a um tempo exonera o indivíduo de velhos referenciais que outrora ordenavam e limitavam seu comportamento (a Igreja, o Estado, a família), permitindo-lhe uma vida liberta dos grilhões da culpa, para, contudo, submetê-lo a um constante bombardeio de estímulos sensoriais – "os consumidores são primeiro e acima de tudo acumuladores de sensações"¹⁸ –, aprisionando-o em um ciclo incessante de expectativas, recompensa e frustração, de permanente insatisfação¹⁹. O consumo é, assim, uma experiência emocional, em que a racionalidade dá lugar à sedução, e na qual as próprias pessoas se convertem em mercadoria. "O caminho para a felicidade passa pelas compras"²⁰.

Essa nova ética que orienta a sociedade hipermoderna, hedonista, sensual, pautada por uma busca incessante (e frustrante) de prazer, promove a segregação daqueles que não são capazes de alcançar seus benefícios. Como estes são a maioria, nota-se mais um paradoxo da sociedade de hiperconsumo: o objeto desejado é prometido a todos, porém acessível a poucos. E aqueles que não podem participar são seus párias, marginalizados e excluídos, alvos de desconfiança e reprovação. Em uma sociedade autocentrada, em que a solidariedade e o espírito de camaradagem são escassos, e na qual cada indivíduo é tido como o exclusivo responsável por sua própria sorte, consumir é ser cidadão, e aqueles que não são capazes de exercer essa denominada cidadania são vistos como exemplos negativos, culpados por seu próprio infortúnio, não merecendo consideração ou apoio. E pior: os perdedores desse jogo "tendem a concordar com o veredicto público

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo et. all. *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2012. p. 31.

¹⁷ LIPOVETSKY, G. *A Felicidade Paradoxal: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Lisboa: Edições 70, 2017. P. 153.

¹⁸ BAUMAN, Z. *Globalização: As Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999 p. 61.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Para Consumo: A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. P. 64

²⁰ BAUMAN, Z. *A Riqueza de Poucos Beneficia a Todos Nós?* Rio de Janeiro: Zahar, 2015 p. 61.

e culpam a si mesmas – à custa de sua autoestima e autoconfiança. Logo um insulto se acrescenta à injúria e esfrega-se o sal da reprovação na ferida aberta da miséria”²¹. Para escapar a esse destino, todos se esforçam mais e mais para se manter *in*, ativos, competitivos e participantes nesse eterno movimento que lhes é diuturnamente exigido²².

Essa vigilância permanente parece encontrar seu ponto culminante na atualidade, quando as relações virtuais potencializaram exponencialmente essa contínua exposição ao universo do consumo, cujo *locus* preferencial não se encontra mais limitado aos espaços assépticos e fechados dos *shoppings*, mas na onipresença dos *displays* dos aparelhos celulares, esses verdadeiros apêndices dos corpos hipermodernos. Nesse contexto, os cidadãos-consumidores sujeitam-se a uma “barganha inconsciente” e tremendamente injusta²³, quase naturalizada, em que aceitam submeter-se à utilização constante de seus dados pessoais, muitas vezes obtidos sem seu conhecimento ou consentimento, para estarem sempre atualizados e incluídos. Explicitar os termos dessa barganha é o que este *paper* se propõe a fazer nas seções seguintes.

3 COVID-19 E O CONSUMISMO

Com o advento da pandemia do novo Coronavírus e as medidas restritivas para o seu combate, diminuem as idas a estabelecimentos físicos e o *e-commerce* ganha papel de destaque nas relações de consumo. O *e-commerce* se trata de um comércio digitalizado, cuja forma de interação e as transações se dão através dos meios eletrônicos sem contato físico, direto ou simultâneo²⁴. O contrato de consumo nestes casos é, majoritariamente, por meio do que a doutrina²⁵ chama de contrato eletrônico interativo, os quais ocorrem por meio de uma interação do indivíduo contratante com o sistema presente na *internet*, disponibilizado por um site

²¹ BAUMAN, Z. *A Riqueza de Poucos Beneficia a Todos Nós?* Rio de Janeiro: Zahar, 2015 p. 62.

²² BAUMAN, Z. *Globalização: As Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999 p. 91-93.

²³ O acesso à internet não é formalmente obrigatório, mas uma vida não digital é atualmente impensável. No mesmo sentido, cf. SCHREIBER, A. Contratos eletrônicos e consumo. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 88-110, 2014. p. 60.

²⁴ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2014. P. 71

²⁵ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2014. P. 142.

fornecedor, sem que o contratado esteja simultaneamente conectado ou tenha ciência imediata da celebração deste. Com isso, os navegadores *web* se tornam verdadeiros *shopping centers*, onde se pode pesquisar qual produto deseja adquirir ou qual loja deseja visitar digitalmente. Além disso, cada *site*, rodeado de propagandas publicitárias, funciona como vitrines, a todo o momento seduzindo o internauta para o consumo, de modo que este nunca deixe seus olhos.

De fevereiro a abril de 2020, a participação do comércio eletrônico nas vendas totais no Brasil quase dobrou, tendo seu pico em novembro quando atingiu a marca de 14,4%²⁶. Este aumento na participação do e-commerce só tende a aumentar, visto que as restrições físicas da pandemia apenas aceleraram o processo inevitável da migração das relações para o ambiente virtual, apresentando esta forma de comércio àqueles que ainda eram resistentes a ele e se estabelecendo com mais força na rotina daqueles que já o conheciam e a ele eram adeptos. Entretanto, ao transportar suas compras para o ambiente digital, o consumidor acaba por enfrentar novos desafios que não eram tão presentes nas lojas físicas, como a preocupação com os dados pessoais. Certamente havia algumas informações pessoais que eram requisitadas ao realizar uma compra, mas esta prática se vê onipresente no ciberespaço, fazendo com que os fornecedores de serviços sejam oniscientes quanto aos gostos e preferências do consumidor. Isso porque a vigilância constante no ambiente virtual não é óbvia ou clara, diferentemente de como seria no mundo físico e real ao caixa de uma loja perguntar o número do CPF²⁷, por exemplo. A coleta massiva de dados se tornou característica intrínseca de uma sociedade digitalizada, ultrapassando os muros do que é privado ao monitorar cada passo dado *online*²⁸.

²⁶ ALVARENGA, D. Com pandemia, comércio eletrônico tem salto em 2020 e dobra participação no varejo brasileiro. *G1 Economia*. Fev. 2021.

²⁷ "Farmácias suspendem coleta de dados sensíveis após questionamentos do IDEC e Procon-SP". Reportagem disponível em: <https://blconsultoriadigital.com.br/farmacias-coleta-de-dados-sensiveis/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

"Idec quer saber porque Droga Raia coleta biometria; especialista fala sobre como o consumidor pode proteger seus dados caso farmácias exijam CPF e digital." Reportagem disponível em: <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/idec-notifica-raia-drogasil-dono-da-droga-raia-sobre-biometria-digital>. Acesso em: 20 abr. 2022.

²⁸ SCHNEIER, B.. *Data and the Goliath. The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World*. Nova York: W. M. Norton, 2015.

3.1 COOKIES

Os *cookies*, pequenos arquivos de texto que permitem o armazenamento dos dados pessoais dos usuários nos navegadores²⁹, estiveram presentes no ciberespaço desde muito tempo. Contudo, com a vigência da GDPR (*General Data Protection Regulation*³⁰) na União Europeia e da LGPD³¹ no Brasil, os internautas se viram bombardeados de notificações requisitando seu consentimento para que os *sites* utilizassem essa ferramenta tão valiosa. Isso porque as referidas legislações exigem, dentre outras bases legais, o consentimento do usuário para conceder o acesso a seus dados pessoais. Entretanto, há algumas diferenciações necessárias a se fazer a respeito dos *cookies* e dos dados que podem ser armazenados.

Decerto que há *cookies* essenciais para o normal funcionamento dos *sites*, armazenando informações importantes acerca do carrinho de compras, por exemplo, ou dados necessários para o pagamento final³². Porém, há também aqueles provenientes de outros domínios, os chamados *cookies* de terceiros, capazes de etiquetar os usuários entre diferentes plataformas, possibilitando o seu reconhecimento e rastreamento³³, podendo ser configurado para durar por tempo indeterminado³⁴. O uso desta ferramenta pode servir para fomentar a *Big Data*, enormes bancos de dados³⁵ com informações que, com a técnica de mineração de

²⁹ SANCHEZ-ROLA, I. et. al. *Can I Opt Out Yet?* | Proceedings of the 2019 ACM Asia Conference on Computer and Communications Security. July 2019. Pages 340–351.

³⁰ 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 e à livre circulação desses dados, e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral de Proteção de Dados). Íntegra disponível em <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 20 abr. 2022.

³¹ A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/2018, foi promulgada para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo. A Lei fala sobre o tratamento de dados pessoais, dispostos em meio físico ou digital, feito por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, englobando um amplo conjunto de operações que podem ocorrer em meios manuais ou digitais. Íntegra disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

³² SANCHEZ-ROLA, I. et. al. *Can I Opt Out Yet?* | Proceedings of the 2019 ACM Asia Conference on Computer and Communications Security. July 2019. Pages 340–351.

³³ DABROWSKI A., et. al. Measuring Cookies and Web Privacy in a Post-GDPR World. In: Choffnes D., Barcellos M. (eds) *Passive and Active Measurement*. PAM 2019. Lecture Notes in Computer Science, vol 11419. Springer, Cham.

³⁴ SANCHEZ-ROLA, I. et. al. *Can I Opt Out Yet?* | Proceedings of the 2019 ACM Asia Conference on Computer and Communications Security. July 2019. Pages 340–351.

³⁵ ZUBOFF, S. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, 2015. pp. 75-89.

dados ou *data mining*³⁶, tem a capacidade de criar perfis eletrônicos de cada usuário³⁷.

Este tripé de coleta, armazenamento e refinamento de dados pode ser iniciado com a coleta através de *cookies* de terceiros. Ao coletar esses dados, também denominados dados observáveis por serem fruto da interação do usuário com as plataformas, o sistema segue o internauta a fim de coletar mais informações, posteriormente armazenadas como *Big Data* devido ao seu grande volume, tratando-se da segunda etapa do processo³⁸. Em seguida, separam-se os dados que realmente interessam e são realizadas combinações entre eles, com a técnica de *data mining*³⁹, refinando-os e lapidando-os de forma que realmente se chegue a conhecer a personalidade daquele usuário, montando, assim, o seu perfil eletrônico e ganhando valor econômico⁴⁰. O perfil criado funciona como uma versão digital daquele usuário, criada com os dados coletados, armazenados e refinados, sendo capaz de prever os comportamentos deste e, até mesmo, saber como guiá-lo a tomar alguma decisão, com propagandas publicitárias direcionadas a perfis específicos.

Esta atividade é interessante para os gigantes do mercado de consumo criarem publicidades personalizadas de acordo com cada internauta, tendo uma taxa de sucesso maior em convencê-los a consumir e introduzir anseios de consumo em detrimento dos direitos da personalidade⁴¹. Conhecendo os gostos e preferências do internauta com sistemas cada vez mais completos e um banco de dados que não para de crescer e se atualizar, é possível munir as estratégias de *marketing* com técnicas que apelam aos impulsos inconscientes, emocionais e não racionais, que são os principais responsáveis pelo consumismo⁴².

Com anúncios em cada *site* e encaminhamentos automatizados para novos produtos após finalizar uma compra, a publicidade toma uma dimensão nova ao unir,

³⁶ SMITH, G. Data mining fool's gold. *Journal of Information Technology*, v. 35, n. 3, p. 182–194, 2020.

³⁷ ZUBOFF, S. op. cit.

³⁸ VARIAN, H, R. Big Data New Tricks for Econometrics. *Journal of Economic Perspectives*, v. 28, n. 2, Spring 2014.

³⁹ SMITH, G. Data mining fool's gold. *Journal of Information Technology*, v. 35, n. 3, p. 182–194, 2020.

⁴⁰ SMITH, G. Data mining fool's gold. *Journal of Information Technology*, v. 35, n. 3, p. 182–194, 2020.

⁴¹ HORN, L. et. al.: Sociedade de consumo de plena conectividade: o novo padrão de vulnerabilidade complexa do consumidor a partir dos tecnodados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 135, p. 151-178, 2021.

⁴² PARCHEN, C. et. al.. As Técnicas De Neuromarketing Nos Contratos Eletrônicos E O Vício Do Consentimento Na Era Digital. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 23, n. 2, 2018.

tão perfeita e assertivamente, apelos pessoais a cada grupo de usuários, usando como arma o emocional, o psicológico e o incontrolável. Contudo, as novas legislações e a onda de proteção de dados pessoais ao redor do mundo chegam com a tentativa de tutelar estes direitos que estavam sendo mitigados em prol de uma cultura hiperconsumista. Agora, os operadores e controladores de dados tem a obrigação de observar as balizas impostas pela legislação para saber como prosseguir com as práticas relacionadas aos dados pessoais e proteger com especial atenção o consumidor vulnerável no mundo do hiperconsumo.

4 O NOVO CONSUMIDOR

Constitucionalmente reconhecida e ratificada pela lei 8.078/1990, a proteção ao consumidor é princípio basilar que visa um maior equilíbrio entre as partes contratuais, tratando-as de forma um pouco mais equânime. Contudo, a evolução tecnológica se apresenta como fator modificador das relações consumeristas ao se utilizar massivamente de tecnodados, dificultando a tutela dos direitos fundamentais da forma que anteriormente era feita e, com isso, aumentando o grau de vulnerabilidade do consumidor⁴³. Desta forma, os consumidores não mais se enquadram apenas neste rol de indivíduos protegidos ostensivamente, mas sim em um rol interseccional em que são ao mesmo tempo consumidores e titulares de dados, ocasionando em uma hipervulnerabilidade complexa⁴⁴.

A relação de consumo, caracterizadas pela existência de um fornecedor e um comprador de um produto ou serviço não se esgota nesta definição. Por comprador, em um primeiro momento, pode-se entender estar diante de uma remuneração direta, que caracterizaria o sinalagma contratual. Entretanto, entendimento majoritário considera aplicável o CDC (Código de Defesa do Consumidor) naquelas relações em que não se observa diretamente um pagamento, como no uso de

⁴³ HORN, L. et. al.: Sociedade de consumo de plena conectividade: o novo padrão de vulnerabilidade complexa do consumidor a partir dos tecnodados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 135, p. 151-178, 2021.

⁴⁴ HORN, L. et. al.: Sociedade de consumo de plena conectividade: o novo padrão de vulnerabilidade complexa do consumidor a partir dos tecnodados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 135, p. 151-178, 2021.

serviços virtuais aparentemente gratuitos. Pelo fato de o acesso do consumidor ser essencial à manutenção do *site*, tanto por meio de propagandas publicitárias quanto através do fornecimento dos dados pessoais para a empresa, observa-se uma remuneração indireta da plataforma. Assim, o consumo virtual não está presente apenas na compra e venda virtual, por exemplo, mas se expande até as redes sociais e *sites* intermediadores de compra, mas, claro, na medida das atividades desenvolvidas⁴⁵. Desta forma, tais *sites* podem, até mesmo, ser incluídos na cadeia de distribuição caso a compra seja feita na estrutura fornecida por ele⁴⁶. Assim, dilata-se a expressão "mediante remuneração" presente no Artigo 3º §2º do CDC que caracteriza os contratos de consumo, de forma a abranger aqueles sinalagmas ocultos⁴⁷, maquiados por uma remuneração indireta com a qual se beneficia o fornecedor.

Estando presente em um ambiente digitalizado e muitas vezes automatizado, em que o consumidor se encontra distante do objeto que deseja adquirir, a hipossuficiência técnica se mostra ainda mais evidente, maximizada pela impossibilidade de olhar de perto e tocar o item. Além disso, mesmo a quilômetros de distância, uma simples oferta publicitária direcionada fruto de um longo trabalho de mineração de dados é capaz de provocar desejos de consumo no usuário, justificando o tratamento interseccional deste novo tipo de consumidor, o consumidor internauta⁴⁸. Este consumidor, agora também encaixado na categoria de titular de tecnodados, merece tutela específica e atenção redobrada, ao passo que o poder persuasivo do mercado utiliza como principal ferramenta os dados do próprio usuário, de maneira invasiva e em desrespeito aos direitos fundamentais.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.444.008*. Rio Grande do Sul. Civil e Consumidor. Internet. Relação de Consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do Serviço. Indiferença. Provedor de pesquisa voltada ao comércio eletrônico. Intermediação. Ausência. Fornecedor. Não configurado. Uol e José Antones Rodrigues. Relatora Min. Nancy Andrighi. DJe 09/11/2016.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.444.008*. Rio Grande do Sul. Civil e Consumidor. Internet. Relação de Consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do Serviço. Indiferença. Provedor de pesquisa voltada ao comércio eletrônico. Intermediação. Ausência. Fornecedor. Não configurado. Uol e José Antones Rodrigues. Relatora Min. Nancy Andrighi. DJe 09/11/2016.

⁴⁷ MARQUES, C. et. al. *Comentários ao código de Defesa do Consumidor- Art. 1º A 74 (aspectos materiais)*. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003. v. 1. P. 94.

⁴⁸ LUCCA, N. Comércio Eletrônico na Perspectiva de Atualização do CDC. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor*, v. II, n. 3, set. 2012. Curitiba, 2012. P. 116.

4.1 COLETA DE DADOS E CONSENTIMENTO

A LGPD, legislação muito principiológica, introduz no ordenamento jurídico diversas bases legais que permitem o acesso aos dados particulares por terceiros, presentes nos Artigos 7º e 11 da referida lei, dividindo-se basicamente em autorização legal e autorização pelo consentimento do titular. Tendo como um de seus pilares a proteção à privacidade, a LGPD acerta em dar destaque ao consentimento do titular que, embora não se sobreponha às demais bases legais⁴⁹, é essencial para o exercício deste direito que passou por algumas mudanças conceituais ao longo do tempo⁵⁰. Isso porque, diferentemente de um direito de se estar só⁵¹, o direito à privacidade acompanha as evoluções sociais e progride para um direito de autodeterminação informativa⁵², em que o indivíduo pode escolher como e com quem irá compartilhar suas informações privadas, modificando sua esfera de privacidade. Assim, antes caracterizada como algo mais rígido, como uma fortaleza, agora é vista com mais flexibilidade, possibilitando a criação de grupos seletos para terem acesso à esfera privada e um maior poder quanto às próprias informações, podendo decidir seus rumos e o quão privadas são. Este avanço, em completa consonância com a sociedade informacional, é muito bem representado pela prerrogativa que o usuário tem de consentir ou não com o tratamento de seus dados.

O consentimento, manifestação individual no campo dos direitos da personalidade⁵³, deve ser livre, informado e inequívoco, como bem conceitua a LGPD em seu Artigo 5º, XII. Livre, pois esta manifestação deve ocorrer sem intervenções e com a possibilidade de escolher consentir ou não à utilização deste bem incorpóreo a que a lei se refere, sem qualquer tipo de coação⁵⁴, caso contrário, acarretaria sua

⁴⁹ DE TEFFÉ, C. et. al. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. *civilistica.com*: revista eletrônica de direito civil, v. 9, n. 1,, 2020.

⁵⁰ MIRAGEM, B. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. vol. 1009/2019. Nov. 2019.

⁵¹ WARREN, S. et. al. *Right to privacy*. Harv. L. Rev., v. 4, 1890.

⁵² RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 214.

⁵³ DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 377.

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo et. all. *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2012. p. 31.

nulidade absoluta, sendo vedado o uso de dados com vício de consentimento. No que se refere ao consentimento informado, exige-se a transparência e clareza nos termos e condições do tratamento, sendo igualmente nulo aquele obtido através de conteúdo enganoso ou abusivo⁵⁵. Esta característica é essencial para uma manifestação de vontade válida, visto que a vontade de consentir não pode se dar se não se sabe com o que consente, devendo ser consciente e internamente pensada para, então, externalizada e tornada pública, gerando seus devidos efeitos. O consentimento deve ser, ainda, inequívoco, de forma clara e evidente, para que não haja dúvidas de que o particular manifestou à vontade naquele sentido.

Apesar destas requisições e da expressa determinação legal, se observa que a coleta de dados continua se dando de maneira diversa da lei. Embora o consentimento do titular tenha sido requisitado nos mais diversos *sites* para o uso de *cookies* não essenciais ao uso das plataformas, estas requisições se dão de maneira equivocada. Muitas vezes os termos de consentimento vêm de forma pré-assinalada⁵⁶, presumindo o consentimento do titular, estando em desacordo com o entendimento de que o consentimento deve ser inequívoco, já que estaria sendo fruto do silêncio do usuário⁵⁷. Em outras ocasiões, ainda se vislumbra a existência de um único consentimento para diversos tratamentos de dados, evidente quando se fala em *cookies* de outros domínios, que são exigidos o consentimento juntamente àqueles da própria plataforma, afetando a liberdade exigida para o consentimento⁵⁸. Estudos mostram, ainda, a existência de *sites* que prosseguem com o rastreamento do usuário mesmo que ele negue o consentimento⁵⁹, apresentando ilegalidade gravíssima e absoluta invasão à esfera privada do indivíduo. Além disso, ainda há aqueles que apenas informam o uso de *cookies* sem a alternativa de negar

⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo et. all. *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2012. p. 31.

⁵⁶ SANCHEZ-ROLA, I. et. al. *Can I Opt Out Yet?* | Proceedings of the 2019 ACM Asia Conference on Computer and Communications Security. July 2019. Pages 340–351.

⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo et. all. *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2012. p. 31.

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo et. all. *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2012. p. 31.

⁵⁹ SANCHEZ-ROLA, I. et. al. *Can I Opt Out Yet?* | Proceedings of the 2019 ACM Asia Conference on Computer and Communications Security. July 2019. Pages 340–351.

consentimento e impedindo o usuário de entrar na plataforma até se declarar ciente, diminuindo o poder de barganha do consumidor⁶⁰ e expandindo a política de *take it or leave it* de maneira a abarcar a coleta de dados não essenciais à atividade desempenhada pelo *site*, algo ilegal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na prática do dia a dia do consumidor titular de dados, a nova legislação sem uma regulamentação específica e fiscalização ostensiva, parece não ter surtido muito efeito no que tange aos direitos fundamentais que vinham sendo atingidos. Na verdade, aparenta ter criado mais um ônus ao usuário, incumbindo-o de ler cada política de privacidade das plataformas visitadas para, ao final, ser vencido pelo cansaço e simplesmente aceitar toda e qualquer requisição que lhe seja feita, seja para navegar com menos interrupções, seja para ganhar algum benefício, dispondo de maneira genérica e por tempo indeterminado de algo, em tese, indisponível. Assim, o usuário perde o controle real de suas informações, invalidando a *mens legis* de dar mais poder ao titular de dados sobre suas informações e de dar destaque à autodeterminação informativa⁶¹. Isso porque, com os *cookies* persistentes de duração indeterminada e tantos outros que se aceita sem ler a política de privacidade ou se submete automaticamente, torna-se impossível saber quem realmente foi aceito a integrar a esfera privada de autodeterminação do indivíduo, perdendo a linha limítrofe do que é público e o que é privado.

Com isso, a legislação encontra grande dificuldade para alcançar seu fim, sendo mais inacessível a eficácia plena, cabendo à ANPD, agência reguladora determinada por lei para tratar sobre o tema, criar modelos de requisição de dados e diretrizes mais estreitas e definidas para tal. Primeiramente, ao expressamente vedar a coleta de dados para diferentes finalidades com um único consentimento, indo ao

⁶⁰ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁶¹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

encontro do entendimento doutrinário majoritário^{62 63 64}, impedindo que o consentimento seja requisitado de maneira a restringir o uso das plataformas para a coleta de dados não essenciais ao serviço e estabelecendo limites de duração para os *cookies*. Ademais, deve fiscalizar a linguagem utilizada nos termos de consentimento para garantir que este seja concedido efetivamente de forma livre e informada, visto que muito se utiliza de linguagem indireta, pouco explicativa e suavizada⁶⁵, fazendo com que se aceite as políticas de privacidade sem que o usuário tenha real noção do que acontecerá com suas informações. Talvez, ao estabelecer modelos padrão de requisição de consentimento para uso de dados e *cookies* os problemas pudessem ser minimizados, impedindo o uso de linguagem inadequada e de requisições que somente liberem o acesso ao *site* ao serem aceitas ou que atrapalhem o usuário a utilizar a plataforma, conduzindo-o a aceitá-las.

Também vale destacar a possibilidade de atuação conjunta dos órgãos de defesa do consumidor, visto a possibilidade de diálogo das fontes⁶⁶ tendo em face tratar-se de dados de consumidores também, estando previsto, ainda, a adoção da responsabilidade civil de acordo com o CDC na violação de dados em relações de consumo. Inclusive, no próprio CDC, em seu artigo 43, já era exigida a transparência acerca dos dados dos consumidores, o que justifica também este ponto de interseção entre ambas as legislações. Neste sentido, o SENACOM (Secretaria Nacional do Consumidor), já assinou acordo de cooperação técnica com a ANPD, visando, entre outros, a uniformização de entendimentos e cooperação fiscalizatória dos pontos convergentes abordados pelas duas entidades, ou seja, casos que abordem os dados dos consumidores. Sendo assim, as autoridades estatais já possuem aporte técnico mais do que suficiente para uma atuação mais proativa desta legislação promulgada em 2018, vigente desde setembro de 2020 após um

⁶² DE TEFFÉ, C. et. al. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. *civilistica.com*: revista eletrônica de direito civil, v. 9, n. 1,, 2020.

⁶³ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo et. all. *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2012.

⁶⁴ VOIGT, Paul; BUSSCHE, Axel von dem. The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A practical guide. [s.l.]: Springer, 2017. p. 97.

⁶⁵ PARCHEN, C. et. al.. As Técnicas De Neuromarketing Nos Contratos Eletrônicos E O Vício Do Consentimento Na Era Digital. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 23, n. 2, 2018.

⁶⁶ MIRAGEM, B. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. vol. 1009/2019. Nov. 2019.

longo e estendido período de *vacatio legis* e, apenas em agosto de 2021, tendo entrado em vigor as sanções administrativas.

Sem sombra de dúvidas a Lei Geral de Proteção de Dados em 2018 foi um grande marco legislativo para o Brasil, seguindo a mesma linha de raciocínio da União Europeia com a *General Data Protection Regulation* de 2016 na tentativa de acompanhar as evoluções sociotecnológicas. Além de estar em consonância com os direitos fundamentais, também traz uma regulamentação mais expressiva e abrangente do que o Marco Civil da Internet de 2014, sendo um dispositivo legal mais completo e que abrange tanto a vida dentro da *online* quanto a *offline*. Permitindo o diálogo de fontes com o Código de Defesa do Consumidor ao mencioná-lo em seu Artigo 45, ratifica a ideia de que não seria possível ou eficaz retirar o consumidor da "classificação" de consumidor, por assim dizer, quando este se torna também titular de dados, devendo incidir sobre suas relações ambas as legislações protetivas a ele e aos seus direitos.

Contudo, no caso concreto ainda se observam problemas que a lei deveria ser capaz de, ao menos, minimizar. Ao alterar o texto da Lei 13.709/2018, a Lei 13.856/2019 cria a Agência Nacional de Proteção de Dados, que tem papel de extrema importância no efetivo cumprimento da lei, levando-a a um patamar de eficácia que o judiciário por si só não seria capaz. Apesar disso, os *vacatio legis* extremamente longos e prolongados com justificativas rasas fruto de *lobby* apresentaram verdadeiro óbice na implementação da lei em um período extremamente sensível para todos os brasileiros que se viram inseridos numa pandemia extremamente longa devido a gravidade dos casos e falta de coordenação governamental. A digitalização extrema das relações interpessoais deveria ter sido motivo para a entrada em vigor da legislação e não um novo *vacatio legis* da forma que foi feito.

Esta demora injustificada, especialmente das sanções administrativas por parte da ANPD, apenas fizera com que os direitos fundamentais continuassem a ser lesionados, fazendo com que uma lei promulgada em 2018 só viesse a entrar em vigor completamente em 2021. Agora, cabe à agência reguladora correr atrás do tempo perdido e tomar medidas mais repressivas, se mostrando alinhada ao interesse público e a própria lei que a originou. As ferramentas tecnológicas

presentes no ciberespaço funcionam tanto como benefícios quanto malefícios, a depender da forma que são utilizadas, estando claro o potencial ofensivo que elas detêm quando direcionadas aos interesses dos mais poderosos. A alimentação de uma cultura de hiperconsumo e hipercapitalismo em detrimento dos direitos fundamentais não merece guarida em um ordenamento jurídico que tem como base a constituição e o ser humano como vértice.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Darlan. Com pandemia, comércio eletrônico tem salto em 2020 e dobra participação no varejo brasileiro. *G1 Economia*, Fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/26/com-pandemia-comercio-eletronico-tem-salto-em-2020-e-dobra-participacao-no-varejo-brasileiro.ghtml> Acesso em: 5 Ago. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Para Consumo: A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As Consequências Humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *A Riqueza de Poucos Beneficia a Todos Nós?* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.444.008* – Rio Grande do Sul. Civil e Consumidor. Internet. Relação de Consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do Serviço. Indiferença. Provedor de pesquisa voltada ao comércio eletrônico. Intermediação. Ausência. Fornecedor. Não configurado. Uol e José Antones Rodrigues. Relatora Min. Nancy Andrighi. DJe 09/11/2016.

Dabrowski A., Merzdovnik G., Ullrich J., Sendera G., Weippl E. (2019) Measuring Cookies and Web Privacy in a Post-GDPR World. In: Choffnes D., Barcellos M. (eds) Passive and Active Measurement. PAM 2019. *Lecture Notes in Computer Science*, v. 11419.

DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. *civilistica. com: revista eletrônica de direito civil*, v. 9, n. 1,, 2020.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo et. all. *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2012.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Desejo na sociedade líquida de hiperconsumo. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, a. 5, v. 1, n. 1, p. 1-20, 2021.

HORN, Luiz Fernando Del Rio; LIMBERGER, Têmis; Sociedade de consumo de plena conectividade: o novo padrão de vulnerabilidade complexa do consumidor a partir dos tecnodados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 135, p. 151-178, 2021.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Trad. Patrícia Xavier. Lisboa: Edições 70, 2017.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A Cultura-mundo*. Resposta a uma sociedade desorientada. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. Trad. Luís Filipe Sarmiento. Lisboa: Edições 70, 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. Entrevista concedida a Carla Ganito. *Comunicação & Cultura*, Lisboa, 9, p. 155-163, 2010.

LUCCA, Newton de. Comércio Eletrônico na Perspectiva de Atualização do CDC. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor*, v. II, n. 3, set. 2012.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao código de Defesa do Consumidor- Art. 1º A 74 (aspectos materiais)*. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 1009/2019. Nov. 2019.

PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; MEIRELES, Jussara Maria Leal. As Técnicas de Neuromarketing nos Contratos Eletrônicos e o Vício do Consentimento na era Digital. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 23 – n 2, 2018.

ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. Sociedade de hiperconsumo, cultura-mundo e privacidade: a tutela da vida privada e o pensamento de Gilles Lipovetsky. *Rjlb - Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. a.5 n.01, 2019, p. 1396.

ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. A Privacidade no Pensamento de Amitai Eztioni. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 26, n. 04 (2020).

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANCHEZ-ROLA, I. et. al. *Can I Opt Out Yet?* | Proceedings of the 2019 ACM Asia Conference on Computer and Communications Security. July 2019.

SCHNEIER, Bruce. *Data and the Goliath*. The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World. Nova York: W. M. Norton, 2015.

SMITH, Gary. Data mining fool's gold. *Journal of Information Technology*, v. 35, n. 3, p. 182–194, 2020.

SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 88-110, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020.

VARIAN, H, R. Big Data New Tricks for Econometrics. *Journal of Economic Perspectives*, v. 28, n. 2, 2014.

VOIGT, Paul; BUSSCHE, Axel von dem. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*. A practical guide. [s.l.]: Springer, 2017.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. Right to privacy. *Harv. L. Rev.*, v. 4, 1890.

ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, 2015. p. 75-89.

7. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO PELOS DANOS DERIVADOS DOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO- UMA ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-07>

Júlia Zaffari Leal¹

RESUMO

A sociedade moderna é marcada pelo intenso desenvolvimento tecnocientífico, mas também por um aumento dos riscos a população. Assim, saber se há responsabilidade dos fabricantes por danos causados por riscos desconhecidos pela ciência quando o produto ingressa no mercado, os Riscos do Desenvolvimento, tem causado intensos debates. Neste trabalho, através de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, estudar-se-á o estado da discussão no ordenamento brasileiro, sob a ótica consumerista. Conclui-se que apesar de ainda existirem controvérsias, a maioria dos autores defende a responsabilização do fabricante nestes casos, entendimento seguido pelos Tribunais, apesar destes evitarem o uso da expressão Riscos do Desenvolvimento.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil; Acidente de Consumo; Riscos do Desenvolvimento.

ABSTRACT

Modern Society is marked by an intense technological and scientific development, but also by an increase in the risks that the population is exposed. In that way, knowing if there is manufacturer liability in cases of damages caused by unknowing risks at the time the product entered the marked, Development Risks, has caused a lot of debates. This paper, aims through a bibliography and case law review, to

¹ Graduanda em Direito, UFRGS. E-mail: Juliazaffarileal@gmail.com. Lattes: 1609148508985572 e ORCID: 0000-0002-9100-6218.

understand the status of the discussion in the Brazilian order, according to the Consumer Protection Code solutions. It is concluded that the subject is not yet pacified, but most of the author believes that the manufactures should be held responsible for the unknown risks, na idea followed by the courts, although they avoid the use of the expression Development Risks.

Keywords: Civil Liability; Consumer Accidents; Development Riscks

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Conceito e Origem dos Riscos do Desenvolvimento; 3. Riscos do Desenvolvimento: Hipótese de Responsabilização ou Excludente; 3.1. Responsabilidade Civil do Fabricante pelos Riscos do Desenvolvimento; 3.2 Riscos do Desenvolvimento como Excludente de Responsabilidade; 4. Casos Paradigmáticos, a luz da jurisprudência do STJ; 5. Considerações finais; referências.

1 INTRODUÇÃO

O mundo pós-revolução industrial criou uma sociedade de produção e consumo em massa. As inúmeras revoluções tecnológicas e científicas proporcionaram a criação de produtos cada vez mais inovadores que trazem mais conforto e praticidade para a vida moderna. No entanto, na medida em que crescem os benefícios também se aumentam os riscos. Neste contexto, é cada vez mais comum o aparecimento de produtos defeituosos que causam danos catastróficos. Isto ocorre pois nesta sociedade de produção e consumo em larga escala um erro na execução ou no projeto pode comprometer inúmeros produtos e atingir uma grande quantidade de consumidores².

Dentre os possíveis danos advindos da produção empresarial, existe um que causa preocupação aos cientistas e é objeto de intensos debates entre os juristas: são os oriundos dos riscos do desenvolvimento, isto é, riscos desconhecidos pela

² CAVALIERI, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019, p. 600.

ciência no momento em que o produto entrou no mercado. A problemática jurídica consiste em saber se o fabricante de produtos pode ser responsabilizado por danos causados por riscos que eram desconhecidos e imprevisíveis no momento em que o produto foi introduzido no mercado de consumo.

Assim, o objetivo do presente trabalho restringe-se a demonstrar o estado em que se encontra a discussão envolvendo a Responsabilidade Civil do fabricante pelo fato do produto diante desses danos, a partir de uma análise do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Serão apresentados os principais pontos de vista sobre o assunto, bem como as mais importantes decisões sobre o tema, sem a pretensão de esgotar a abordagem de tão polêmico certame. Desta forma, questões envolvendo a responsabilidade civil dos outros membros da cadeia de consumo, bem como outras espécies de responsabilidade civil tais como a pelo fato do serviço, vícios do produto ou serviço, e aspectos de Direito Processual, não serão aqui abordados.

A metodologia a ser utilizada consiste em uma revisão bibliográfica da doutrina brasileira, bem como um estudo jurisprudencial de casos do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de verificar como o sistema do país busca solucionar o problema. Primeiramente será feita uma breve análise da origem e conceito do problema dos Riscos do Desenvolvimento. Posteriormente, estudar-se-á as duas principais correntes sobre o assunto, isto é a favorável a responsabilização do produtor pelos Riscos do Desenvolvimento e a que considera estes Riscos como uma hipótese de exclusão da responsabilidade. Ao final serão apresentados alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, paradigmáticos, a respeito do tema.

2 CONCEITO E ORIGEM DOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

Marcelo Junqueira Calixto explica que os riscos do desenvolvimento são os riscos desconhecidos pela ciência mais avançada no momento em que o produto ingressa no mercado de consumo e que só são descobertos devido ao avanço dos estudos técnicos e científicos, depois de um certo período de uso do produto.³

³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 176.

No Brasil, não há nenhuma norma expressa sobre qual tratamento deve ser dado para casos de produtos cujos riscos não eram conhecidos no momento da entrada do bem no mercado. Diferentemente do Direito Europeu que no art. 7 da Diretiva Europeia 85/374/CEE⁴, tratou os riscos do desenvolvimento como hipótese de excludente da responsabilidade, o Código de Defesa do Consumidor assim não o fez. Da mesma forma, também não tem norma específica sobre a incidência da responsabilidade pelos riscos desconhecidos. Ao longo dos anos os doutrinadores se dividiram entre as formas de solucionar o problema, tanto pela responsabilização do fabricante, como por isentá-lo. Atualmente, a maior parte da doutrina entende que no direito brasileiro o correto é a responsabilização do fabricante pelos danos oriundos de riscos desconhecidos no momento da colocação do produto em circulação, contudo ainda existem alguns autores que defendem a inclusão dos riscos do desenvolvimento como hipótese de exclusão da responsabilidade. A seguir, mostrar-se-á os principais pontos destas duas correntes.

3 RISCOS DO DESENVOLVIMENTO: HIPÓTESE DE RESPONSABILIZAÇÃO OU EXCLUDENTE?

3.1 Responsabilidade Civil do Fabricante pelos Riscos do Desenvolvimento

De uma forma geral, os defensores da responsabilidade pelos Riscos do Desenvolvimento argumentam que um consumidor vítima de acidente de consumo não pode arcar sozinho com seus prejuízos. A moderna sociedade de consumo traz benefícios para toda a coletividade, e por isso os prejuízos devem ser repartidos entre todos os consumidores, de forma a dividir os riscos de maneira equânime entre a massa consumidora.⁵ O produtor é quem consegue fazer essa distribuição, através de mecanismos de preço e da contratação de seguros, que diluem os custos dos

⁴Artigo 7. Diretiva 85/374/CEE. O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar: f) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito.

⁵ BENJAMIN, Antônio H.V. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.p. 69.

danos entre todos os beneficiários⁶.

Em termos de legislação existem argumentos favoráveis a responsabilização do fornecedor tanto a partir de uma análise do Código de Defesa do Consumidor como do Código Civil. No entanto, este trabalho se restringirá a uma análise sob a ótica consumerista.

O doutrinador Herman Benjamin explica que os defeitos oriundos dos riscos do desenvolvimento nada mais são que espécie do gênero defeito de concepção, sendo derivados da falta de informações científicas à época que o produto foi concebido ⁷. Desta forma, havendo defeito de concepção impõe-se a responsabilidade do fabricante por força do art. 12 do Código Consumerista.

Ademais, é de se explicitar que os riscos do desenvolvimento não estão incluídos dentre as excludentes de responsabilidade previstas no parágrafo terceiro, e não se pode concluir que estariam incluídos tacitamente⁸. Eles não são uma espécie excludente, justamente por serem um defeito de concepção. Assim, em caso de acidente de consumo em decorrência destes riscos, todos os pressupostos para a responsabilização objetiva do fornecedor estão previstos, mesmo que o defeito só seja descoberto no futuro⁹. Bruno Miragem, ainda afirma que o previsto no art. 12, § 1º, III, do CDC, o qual estabelece que deve se levar em consideração a época em que o produto entrou em circulação para caracterização deste como defeituoso, consiste em um critério de valoração para identificar e definir defeito. Desta forma, segundo o autor, não pode ser confundido como hipótese de exclusão de responsabilidade, pois isso subverteria a sistemática do CDC¹⁰.

Sérgio Cavalieri, por sua vez, ensina que os riscos do desenvolvimento são casos de fortuito interno, haja vista que os riscos são inerentes a atividade do

⁶ BENJAMIN, Antônio H.V. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 68.; CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2019, p.287.; MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2021, p. 332.

⁷ BENJAMIN, Antônio H.V. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67. MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2021, p. 332. SANSEVERINO, op. cit., p. 335.

⁸ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2021, p. 332.; WESENDONCK, Tula. A Responsabilidade Civil pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento dos produtos postos em circulação. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. *Responsabilidade Civil Novas Tendências*. [S. l.]: Foco, 2017, p. 412.

⁹ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2021, p. 332.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2021, p. 332.

fabricante, não sendo, portanto, exonerativos¹¹. Bruno Miragem relembra que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a responsabilidade objetiva e restringiu as hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor, para dar a máxima proteção ao consumidor contra os riscos do mercado de consumo."¹² Marcelo Calixto afirma que ao subordinar a proteção aos consumidores ao que a ciência descobriu, está se diminuindo a esfera de proteção do consumidor, quando esta deve ser a mais ampla possível.¹³ Adalberto Pasqualotto, por sua vez, propõe que na falta de previsão específica sobre os riscos do desenvolvimento devem ser lembrados os incisos I e VI do art. 6 do Código do Consumidor, os quais consagram a proteção a vida, a saúde e a segurança contra produtos perigosos e a efetiva reparação de todos os danos, como direitos básicos do consumidor¹⁴.

Marcelo Calixto ressalta que o dano mesmo que verificado depois de um tempo, constitui uma quebra da expectativa legítima de segurança, impondo a responsabilização.¹⁵ Do mesmo modo é o pensamento de Daniel Carnaúba e Guilherme Heing, para quem um produto que não apresenta uma periculosidade revelada não deixa de violar a expectativa legítima de segurança.¹⁶

Cabe destacar que os riscos do desenvolvimento não têm nenhuma relação com o previsto no art. 12 § 2º do Código do Consumidor, já que esta norma trata de um produto de melhor qualidade, não está se falando de produto defeituoso¹⁷. O surgimento de produto de melhor qualidade terá como objetivo, justamente, reduzir os riscos conhecidos, logo o dispositivo, não está tratando dos riscos

¹¹ CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2019, p. 632.

¹² MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2021, p. 333.

¹³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 244.

¹⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. *A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento*. In: MARQUES, Claudia Lima. *A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994, p. 73-94. p. 91.

¹⁵ CALIXTO, Marcelo J. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 245.; WESENDONCK, Tula. *A Responsabilidade Civil pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento dos produtos postos em circulação*. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. *Responsabilidade Civil Novas Tendências*. [S. l.]: Foco, 2017, p. 413.

¹⁶ CARNAUBA, Daniel Amaral et al. *Riscos do desenvolvimento no código de defesa do consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos*. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 343-392, jul.-ago. 2019, p. 360.

¹⁷ CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2019, p. 634.; MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2021. p. 332.

desconhecidos.¹⁸ Da mesma forma, segundo Paulo de Tarso Sanseverino, não tem relação com a regra do art. 10 do CDC, que proíbe a colocação de produtos que o fornecedor sabe ou deveria saber serem perigosos, pois segundo esta tem apenas a função de obrigar o produtor a inserir produtos seguros no mercado, com a devida realização de todos os testes e pesquisas¹⁹

Em última instância, para esta corrente, defender a responsabilização é garantir a proteção da dignidade da pessoa humana, conforme prevê a Constituição. Quando se subordina a proteção do consumidor ao avanço científico, faz com que a proteção a sua integridade física fique subordinada a não existência de nenhuma pesquisa comprovando a possibilidade de danos, o que afronta os princípios da proteção a vida e saúde do consumidor²⁰.

3.2 Riscos do Desenvolvimento como Excludente de Responsabilidade

Existe uma parcela doutrinária no Direito brasileiro que acredita que o fornecedor não deve ser responsabilizado por danos causados pelos riscos do desenvolvimento. Para eles o empresário normalmente suporta os riscos dos produtos que coloca em circulação, mas isto não pode ocorrer nos casos de risco do desenvolvimento, pois seria um custo insuportável para o setor produtivo, o que se refletiria no preço dos bens de consumo, tornando-os inacessíveis.²¹ Ademais, partindo de uma análise sociológica destaca-se que a população está sempre em busca de produtos melhores, mais aperfeiçoados. No entanto, caso o produtor tenha uma carga imensurável de riscos para suportar, isso desestimularia a pesquisa e o aprimoramento científico²²

¹⁸ CALIXTO, Marcelo J. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 247.

¹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 335.

²⁰ CALIXTO, Marcelo J. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.216.

²¹ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6, p. 118 -133, abr.-jun. 1993. p. 124.

SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6, p. 118 -133, abr.-jun. 1993. p. 124.

Analisando a legislação brasileira, Rui Stocco afirma que não há previsão legal para a responsabilização do produtor pelos riscos do desenvolvimento. Tendo em vista que com base no estudo do art. 10 do CDC, a lei reconhece a possibilidade de existirem riscos oriundos do desenvolvimento, mas preferiu não responsabilizar o fabricante, apenas impôs a ele o dever de comunicar as autoridades e os consumidores da descoberta do risco.²³ James Marins também compartilha desse entendimento, o fornecedor não pode inserir no mercado produtos que saiba ou deveria saber serem perigosos, como dispõe o referido artigo, mas não há vedação legal para a inserção de produtos que o fornecedor não sabe e nem deveria saber serem nocivos, tendo em vista o grau de conhecimento científico da época²⁴.

Gustavo Tepedino argumenta que da análise do art. 12, § 1º, III, do CDC verifica-se que não há defeito imputável ao fornecedor levando em consideração que na época em que o produto foi posto em circulação não havia vício de segurança, ou seja, não havia uma ruptura entre o legitimamente esperado pelo consumidor e o funcionamento do produto, conforme a ciência da época.²⁵ Da mesma forma, James Marins explica que existem defeitos juridicamente relevantes, e irrelevantes. Os defeitos juridicamente relevantes são aqueles de produção, criação e informação. Já os irrelevantes são aqueles que não estão elencados no caput do art. 12 do CDC, são, portanto, os decorrentes da ação exclusiva do consumidor ou de terceiros, de casos fortuitos ou força maior, da normal ação deletéria do tempo, e dos riscos do desenvolvimento. Apenas importa para a responsabilização os defeitos juridicamente relevantes. Qualquer outro defeito para além dos previstos no caput do art. 12 não tem condão de responsabilizar o fabricante, já que estariam inclusos na hipótese da excludente da inexistência de defeito²⁶

Os riscos do desenvolvimento, na visão do autor, não são um defeito de informação, nem de produção, além de não serem de criação, pois no momento da

²³ STOCO, Rui. Defesa do Consumidor e Responsabilidade pelo Risco do Desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, v. 885, p. 46-53, jan. 2007. p. 50.

²⁴ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6, p. 118 -133, abr.-jun. 1993. p. 124.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil - Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2020, p. 261.

²⁶ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6, p. 118 -133, abr.-jun. 1993. p. 124.

concepção do produto não havia qualquer espécie de falha, em seu projeto ou em sua fórmula conhecido, o produto era seguro no momento em que foi colocado em circulação. Logo quando se está diante de riscos do desenvolvimento, deve se enquadrar o caso na eximente do art. 12, § 1º, II do CDC²⁷.

O doutrinador Rui Stocco, por sua vez, relembra que as causas excludentes de responsabilidade previstas no CDC não são exaustivas, tendo em vista que por exemplo as hipóteses de Caso Fortuito e Força Maior não estão previstas de forma expressa no Código, e são pacificamente consideradas causas de isenção. Para o autor qualquer fato que rompa o nexo de causalidade é capaz de excluir a responsabilidade do fabricante.²⁸ James Marins ainda frisa que a expectativa de segurança do consumidor só é legítima se não pretender ser superior ao grau de conhecimento técnico da época, o que descaracterizaria os danos oriundos dos riscos do desenvolvimento como defeito juridicamente relevante, já que não rompem com a legítima expectativa do consumidor²⁹

4 CASOS PARADIGMÁTICOS, A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Dentre os produtos que mais sofrem com os Riscos do Desenvolvimento destacam-se os medicamentos. A sociedade moderna é marcada pelo alto grau de desenvolvimento científico e tecnológico de medicamentos, mas isso não significa que esses produtos apresentam um elevado grau de segurança, muito pelo contrário, os danos derivados de efeitos colaterais desses remédios são cada vez mais comuns e maiores.³⁰

²⁷ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6, p. 118 -133, abr.-jun. 1993. p. 128.

²⁸ STOCCO, Rui. Defesa do Consumidor e Responsabilidade pelo Risco do Desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, v. 885, p.46-53, 1 jan. 2007, p. 52.

²⁹ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6, p. 118 -133, abr.-jun. 1993. p. 128.

³⁰ WESENDONCK, Tula. A evolução da Responsabilidade Civil pelos Danos Derivados dos Risco do Desenvolvimento de Medicamentos no Direito Brasileiro e nos Países da União Europeia. *Lex Medicina*, ano 16, ed. 31 32, p. 85-99, 2019, p. 85.

Assim, neste tópico serão estudados dois casos apontados pela doutrina como paradigmáticos³¹ envolvendo os riscos do desenvolvimento e os medicamentos Survector e Sifrol, todos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

O caso do medicamento Survector³², trata-se de ação de indenização, ajuizada por um homem, em face da fabricante do produto, na qual aduzia que após ingestão contínua do referido medicamento desenvolveu com o passar do tempo depressão, irritabilidade, compulsão, desregulação do sono entre outros efeitos. Em sua defesa a fabricante alegou que os efeitos colaterais fazem parte da periculosidade inerente de qualquer medicamento.

Da leitura do Acórdão que julgou o caso em última instância, verifica-se que a época em que o consumidor passou a adquirir a medicação, “esta era vendida livremente em farmácias. Sua bula indicava como efeito pretendido, a melhora da memória e não apresentava alerta quanto a reações adversas, efeitos colaterais ou consequências relevantes a para superdosagem.”³³. No entanto, depois de um período, foi descoberto por estudos científicos que um dos componentes do remédio era extremamente tóxico, motivo que levou a alteração da bula³⁴. Desta forma, o Tribunal entendeu que a Empresa Farmacêutica deveria indenizar o consumidor, tendo em vista a constatação de defeito do produto. Os magistrados ressaltaram ainda que a mera alteração da bula quando constatada a toxidade do componente não afasta o dever de indenizar. Além de destacarem que houve violação do art. 10 §1º, do CDC, tendo em vista que não havia notícias de que a fabricante teria feito um

³¹ WESENDONCK, Tula. A evolução da Responsabilidade Civil pelos Danos Derivados dos Risco do Desenvolvimento de Medicamentos no Direito Brasileiro e nos Países da União Europeia. *Lex Medicina*, ano 16, ed. 31 32, p. 85-99, 2019, p. 93.; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 336.; PASQUALOTTO, Adalberto. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima. *A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994, p. 91.; CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.179-181.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 97184/DF*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 ago. 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 06 out. 2021.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 97184/DF*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 ago. 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 06 out. 2021.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 97184/DF*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 ago. 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 06 out. 2021.

grande comunicado alertando sobre os novos riscos do produto³⁵. Sobre a decisão Tula Wesendonck destaca que mesmo não utilizando a expressão “Riscos do Desenvolvimento” e sendo fundamentada com base na falta de informação, a decisão destaca que o risco do produto foi avaliado posteriormente, o que caracteriza justamente a responsabilização pelos riscos do desenvolvimento.³⁶

Por fim, o último julgado que merece análise trata-se do Resp Nº 1.774.372 - RS³⁷, julgado em 2020. Trata-se de caso em que uma consumidora acometida do Mal de Parkinson passou a fazer uso do medicamento Sifrol. No entanto, após um tempo de utilização do medicamento desenvolveu compulsão por jogo, um transtorno mental classificado pela OMS, que cessou quando a mesma parou de fazer o uso do medicamento. Ajuizou, então, ação de indenização por danos morais e materiais em face da fabricante, alegando que os danos foram causados pelo remédio em questão. A defesa da farmacêutica consistia no fato de que o medicamento era novo, motivo pelo qual não se conheciam todos os possíveis efeitos colaterais.

O acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ressaltou primeiramente, que se trata de hipótese de acidente de consumo, tendo em vista que o produto não atendia a expectativa de segurança legítima, motivo pelo qual incide o Código de Defesa do Consumidor. Reconheceu que os medicamentos são produtos de periculosidade inerente, mas destacou que isso impõe um dever de informar qualificado, nos termos do art. 9 do CDC o que não foi feito. Quanto a alegação de que se trataria de um medicamento novo, cujos riscos eram desconhecidos, a Ministra foi clara ao reconhecer a possibilidade de riscos do desenvolvimento e considera-lo como defeito de concepção e hipótese de fortuito interno, não sendo, portanto causa exoneratória de responsabilidade.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 97184/DF*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 ago. 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 06 out. 2021.

³⁶ WESENDONCK, Tula. A evolução da Responsabilidade Civil pelos Danos Derivados dos Risco do Desenvolvimento de Medicamentos no Direito Brasileiro e nos Países da União Europeia. *Lex Medicina*, ano 16, ed. 31 32, p. 85-99, 2019, p. 97.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1774372 / RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 05 de maio de 2020. lex. Brasília, 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=SIFROL&b=ACOR&p=true>. Acesso em: 6 out. 2021.

Ao comentar a escolha da Relatora em afirmar que os Riscos do Desenvolvimento não são hipótese de exclusão da responsabilidade. Marcelo Calixto destacou que embora o recurso não estivesse submetido ao rito dos recursos repetitivos, "representa um importante precedente que tende a ser seguido pelos demais tribunais inferiores e que coloca o Brasil entre os países que não reconhecem os riscos do desenvolvimento como uma excludente da responsabilidade civil do fornecedor de produtos."³⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto ao longo deste trabalho, a sociedade moderna atual é marcada por um paradoxo: ao mesmo tempo que representa o auge do progresso e desenvolvimento técnico e científico, é também palco de um crescente aumento de riscos, e conseqüentemente de acidentes de consumo. Neste contexto o consumidor se torna extremamente vulnerável e precisa ser defendido.

Assim, fez-se um estudo do problema dos riscos do desenvolvimento, isto é, os riscos desconhecidos pela ciência e tecnologia no momento em que o produto foi lançado ao mercado, mas passíveis de causar danos aos consumidores. Verificou-se que o grande problema dessa questão trata do fato de saber se é possível a responsabilização do fabricante por esses danos. O ordenamento brasileiro não regulamentou o assunto de forma expressa, coube então a jurisprudência e a doutrina preencher essa lacuna.

Ao longo do tempo, duas correntes doutrinárias se formaram ambas com argumentos econômicos, sociológicos e legais sobre o assunto, sendo que atualmente a maior parte dos autores são favoráveis a responsabilização do fabricante. Para os favoráveis a responsabilização do fabricante pelos danos derivados destes riscos desconhecidos no momento do ingresso do produto no mercado, em termos de enquadramento legislativo, os defeitos oriundos do desenvolvimento são um defeito de concepção, sendo o fornecedor responsável nos

³⁸ CALIXTO, Marcelo. Crise da Covid-19, vacina e riscos do desenvolvimento. *Conjur*, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-03/garantias-consumo-crise-covid-19-vacina-riscos-desenvolvimento>. Acesso em: 6 out. 2021.

termos do art. 12 do CDC. Em linhas gerais para esta parcela doutrinária não responsabilizar o fornecedor seria contrário aos princípios da dignidade da pessoa humana e da ampla proteção ao consumidor.

Por outro lado, entre os defensores da inclusão dos riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade do fabricante, o principal argumento seria de que o custo para o setor produtivo arcar com os danos de riscos desconhecidos pela ciência no momento da entrada do produto no mercado seria insustentável para o produtor o que inviabilizaria o progresso científico. O embasamento legal destes doutrinadores, seria uma interpretação do art. 10 do CDC, que reconhece a possibilidade de surgirem riscos depois que o bem já está há um tempo em circulação, mas prefere não responsabilizar o fabricante, apenas impor a ele um dever de alertar os consumidores. Ademais, para estes doutrinadores o produto não pode ser considerado defeituoso, já que no momento em que entra em circulação cumpria com todos os requisitos de segurança.

Por fim, foi feita uma análise da incidência prática dos riscos do desenvolvimento, apresentou-se dois casos envolvendo medicamentos que se tornaram perigosos após um tempo de comercialização, julgados pelo STJ e constatou-se a sua tendência de responsabilização do fornecedor.

Em suma, concluiu-se que o assunto é bastante controvertido, existindo argumentos tanto pela responsabilização da fabricante pelos riscos desconhecidos, como pela exclusão de sua responsabilidade. No entanto, no Brasil, o problema está próximo de uma solução, tendo em vista que a jurisprudência parece caminhar para adoção do entendimento da corrente majoritária e concretizar a responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, ao menos quando se envolve produtos farmacêuticos.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio H.V. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 97184/DF*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 ago. 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1774372/RS*. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, 05 de maio de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=SIFROL&b=ACOR&p=true>. Acesso em: 6 out. 2021.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CALIXTO, Marcelo. Crise da Covid-19, vacina e riscos do desenvolvimento. *Conjur*, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-03/garantias-consumo-crise-covid-19-vacina-riscos-desenvolvimento>. Acesso em: 6 out. 2021.

CARNAUBA, Daniel Amaral et al. Riscos do desenvolvimento no código de defesa do consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 343-392, jul.-ago. 2019.

CAVALIERI, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2021.

PASQUALOTTO, Adalberto. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima. *A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994, p. 73-94.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2007

SCHEREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6, p. 118 -133, abr.-jun. 1993.

STOCCO, Rui. Defesa do Consumidor e Responsabilidade pelo Risco do Desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, v. 885, p.46-53, jan. 2007. p. 50.

TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil - Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: GEN.

WESENDONCK, Tula. A Responsabilidade Civil pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento dos produtos postos em circulação. *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. *Responsabilidade Civil Novas Tendências*. [S. l.]: Foco, 2017

WESENDONCK, Tula. A evolução da Responsabilidade Civil pelos Danos Derivados dos Risco do Desenvolvimento de Medicamentos no Direito Brasileiro e nos Países da União Europeia. *Lex Medicina*, ano 16, ed. 31 32, p. 85-99, 2019.

8. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO PROVEITO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-08>

Sibele Valadão Rossales¹

RESUMO

Através do presente artigo foi possível realizar o mapeamento da aplicação da teoria do risco proveito pelo TJRS a partir da problemática: como se dá a aplicação da teoria do risco proveito entre o período de 01/01/2015 à 01/01/2020? Para tanto, se adotou uma metodologia quali e quantitativa onde se buscou a compreensão de quais os critérios adotados para sua aplicação. Dessarte, foram catalogados 46 julgados envolvendo especificamente o método de aplicação da teoria e as ocasiões em que foram aplicadas, sendo possível exprimir uma série de considerações que foram convertidas em gráficos e debatidas conjuntamente com os preceitos doutrinários. Palavras-chave: Consumidor; Teoria; Risco Proveito; Tjrs; Cdc.

ABSTRACT

Through the presented article, it was possible to map the application of the theory of useful risk by the TJRS from the problem: how is the application of the theory of useful risk between the period from 01/01/2015 to 01/01/2020? To do so, it is considered a qualitative methodology and what is the understanding of which methods are adopted for its application. Thus, 46 were judged in certain specific catalogs of the application of the theory and as possible methods of application of

¹ Graduada em direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel), aluna egressa no grupo de pesquisa em direito do consumidor da referida instituição, além de ser aluna especial do programa de pós-graduação em direito - PPGD da Universidade Federal de Pelotas (Ufpel), onde cursa a cadeira consumo e vulnerabilidade na sociedade contemporânea ministrada pelo professor Fernando Azevedo. Ademais, vem desenvolvendo pesquisa junto a área da hipervulnerabilidade, com foco no público infantil. E-mail: sibelerossales@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9538637864325607>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1670-1093>.

the theory, being to express a consideration debated together with the doctrinal precepts.

Keywords: Consumer; Theory; Profitable Risk; Tjrs; Cdc.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Do mérito das decisões e decisões diversas; 3. Dos órgãos julgadores e relatores; 4. Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O consumo é um ato inerente ao ser humano, todos nós somos vistos como consumidores perante o Estado, seja em menor ou maior escala consumimos as mais diversas formas de serviços, desde o nascimento até a morte, fato este intrínseco a uma sociedade capitalista industrializada, onde os riscos provenientes do processo devem ser compensados através de uma tutela Estatal protetiva.

Tal tutela, nasceu junto com a expansão e evolução do mercado, se anteriormente as operações de compra e venda eram extremamente simples como troca de mercadorias e operações mercantis, posteriormente no decorrer dos anos houve uma grande reinvenção nessas relações de consumo com a modernização do setor, a partir daí, quando as mercadorias passaram a ser fornecidas em grande escala, houve uma quebra de paradigma, pois as operações (compras) passam a se dar de forma impessoal e indireta, ou seja, torna-se irrelevante a ideia de precisar ver ou conhecer quem está oferecendo a prestabilidade.

Em contrapartida, durante a modernização do comércio, nem todos os pontos são positivos, pois se o aumento na escala de confecção de produtos/serviços aumentam exponencialmente os lucros dos fornecedores, também aumentam as chances de defeitos e falhas nas ofertas desses produtos ou serviços, portanto, surge a necessidade de uma intervenção Estatal nas relações de consumo, para que os consumidores tenham seus direitos garantidos visto estarem em desigualdade frente os fornecedores nas relações de consumo.

Diante do exposto, surge junto com a CRFB/88 a consolidação da proteção aos consumidores como um direito fundamental (art. 5º, XXXII da CF) e como um princípio da ordem econômica nacional (art. 170, V da CF), assim, há uma positivação do status quo do "consumidor" (pessoa leiga em suas relações privadas) como a parte mais fraca da relação de consumo, já que teoricamente o fornecedor é um "expert" (pessoa em posição elevada ou que é profissional naquela área).

Destarte, pode-se entender que o direito do consumidor descende do âmbito público e posteriormente houve sua ampliação para o âmbito privado, onde até os dias atuais há a predominância da força interpretativa mais benéfica em relação aos mais vulneráveis, vindo a consolidar um olhar mais solidário frente às relações de consumo, graças a CRFB/88.

Assim, é possível concluir então, que a vulnerabilidade é o elemento essencial para a formulação de um conceito de consumidor, pois ao reconhecer a desigualdade pré-existente, busca reverter essa situação ao promover uma igualdade real inter partes, mediante a sistematização de normas nesse novo direito, a partir da concepção básica de proteção de determinado sujeito: o consumidor, por sua condição de vulnerável.

Com isso, há o surgimento de três teorias, até que fosse pacificado pelo próprio STF a necessidade de um enfoque no consumidor final imediato e de vulnerabilidade, com respaldo jurídico no artigo 4º, I, o qual foi chamado de finalismo aprofundado.

Através dessa teoria, houve uma "absorção" da teoria finalista para poder acrescentar ainda a noção de destinatário final econômico em uma ideia de hipossuficiência.

Assim, sob a ótica dessa teoria haveria uma conjectura preliminar de vulnerabilidade do consumidor, desde que preenchidos dois elementos: a destinação fática e econômica do bem no momento de sua aquisição e a vulnerabilidade por parte do adquirente frente a relação apresentada.

Segundo Cláudia de Lima Marques², há quatro espécies de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e pôr fim à informacional.

A) Quanto à vulnerabilidade técnica: sua caracterização se dá através da ausência de um conhecimento específico sobre um determinado produto ou serviço.

B) Quanto à vulnerabilidade jurídica: sua caracterização se dá através da ausência de um conhecimento jurídico, contábil ou econômico que refletem diretamente nas relações de consumo.

C) Quanto à vulnerabilidade fática: sua caracterização se dá através da insuficiência de recursos, seja econômico, físico ou psicológico por parte do consumidor, o que acarreta diretamente em uma situação de desigualdade em face ao fornecedor.

D) Quanto à vulnerabilidade informacional: sua caracterização se dá através da insuficiência de dados sobre o produto ou serviço, o que gera uma influência direta no processo decisório da compra.²

Desse modo, a proteção que o Código do Consumidor deve se preocupar em abarcar é a respeito de quem dela realmente necessita e por ter um caráter especial, não há que se falar em um direito comum ou geral, não pode ser aplicável a qualquer relação, logo, se houver uma ampliação exacerbada do CDC, conseqüentemente sua eficácia e importância seria exponencialmente diminuída.³

Além disso, é preciso fazer uma análise cuidadosa quanto à conceituação da vulnerabilidade e da hipossuficiência, sendo institutos que não devem ser confundidos, visto que a vulnerabilidade possui uma presunção legal absoluta, impondo assim um tratamento diferenciado que não é estendido ao fornecedor, pois não é possível pensar em consumidor e lhe conceder esse tratamento sem o colocar em uma posição inferior face os fornecedores de forma geral, sendo possível concluir então que todo consumidor é vulnerável perante a lei.

Não obstante, quanto à hipossuficiência, ela não possui presunção legal absoluta porque não pode ser estendida a todo e qualquer consumidor, sendo uma circunstância arguida no processo, devendo examinar cada caso, logo, sua caracterização tem o intuito de equilibrar a relação consumerista no deslinde judicial.

² BENJAMIN VASCONCELLOS HERMAN, Antonio; MARQUES LIMA, Claudia; BESSA ROSCOE, Leonardo. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.

³ BENJAMIN VASCONCELLOS HERMAN, Antonio; MARQUES LIMA, Claudia; BESSA ROSCOE, Leonardo. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.

Por conseguinte, através desse entendimento foi necessário ressignificar a ideia de responsabilidade utilizada no direito civil, pois ao ser levado em consideração que houveram uma série de mudanças que causaram o avanço econômico, social e tecnológico, de forma gradativa passou a surgir um cenário onde o pré-requisito da culpa para o efeito da atribuição da responsabilidade civil foi paulatinamente sumindo, ou seja, o agir com imprudência, negligência ou imperícia e sim que seria possível a imputação do evento danoso a quem estivesse suficientemente corroborado para a concretização daquele dano, ainda que não fosse possível demonstrar a culpa. A partir daí surge o que entendemos como o entendimento genérico da "responsabilização objetiva extracontratual". Destarte, foram estabelecidas legislações focadas em um princípio de proteção da vítima, onde em primeiro lugar se leva a existência de uma presunção de negligência contra o fornecedor acusado.

Por conseguinte, o direito consumerista brasileiro consolidou como via de regra a adoção da responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores em face aos consumidores, com o intuito de promover a facilitação da tutela dos direitos do consumidor em virtude da reparação pelos danos saboreados, assim, não cabe ao consumidor o ônus probandi a fim de demonstrar a culpa dos réus nos casos que versam acerca dos vícios e defeitos existentes nas relações de consumo, sendo a previsão da responsabilidade objetiva intrínseca ao fundamento do risco da atividade a qual está sendo desenvolvida.

Nas palavras de Flávio Tartuce⁴:

Na verdade, pela Lei Consumerista, pouco importa se a responsabilidade civil decorre de um contrato ou não, pois o tratamento diferenciado se refere apenas aos produtos e serviços, enquadrando-se nos últimos a veiculação de informações pela oferta e publicidade. Por oportuno, destaque-se que, sem qualquer distinção a respeito da responsabilidade civil, a Lei 8.078/1990 aplica-se à atual problemática dos contratos coligados e dos deveres deles decorrentes, tão comuns no mercado de consumo.

⁴ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

Nesse sentido, podemos extrair o entendimento de que é uma espécie de imputação mais "grave" a partir da observância do ponto de vista social em virtude de um risco pré-estabelecido intrínseco a uma certa atividade levando em conta uma padronização ou medição, mas não de culpa e sim de um reconhecimento de risco em relação àquele que o criou, mesmo que de forma genérica.

À vista disso, a teoria do risco proveito surge como forma de pacificar questões que ainda geravam obscuridade a respeito da teoria da culpa, em detrimento da complexidade que é viver na era moderna no momento em que se torna cada vez mais difícil produzir provas que demonstrem a responsabilização do réu, o que passa a ser solucionado com o entendimento de que é possível responder pelos danos cometidos de forma objetiva.

A partir de seu surgimento, a teoria do risco vem experimentando uma série de evoluções, especialmente às espécies de risco os quais são reconhecidos como fato determinante para a imputação da responsabilização objetiva, em síntese, o fornecedor responde pelos riscos e pelos danos causados no desenvolvimento de sua atividade, ao obter desta vantagem econômica, sendo levado em consideração a disposição dos custos que simbolizam os riscos provocados pelas atividades de fornecimento dos produtos e serviços ofertados no mercado consumerista.

Assim, quem expõe outras pessoas ao risco, sejam determinadas ou não por essa atividade tirar um benefício direto ou indireto, arca com as consequências da situação que tiver agravante. Uma dessas consequências, por óbvio, é a responsabilização objetiva e solidária dos respectivos agentes envolvidos com a prestação do serviço ou fornecimento.

Em conformidade com os entendimentos de Filomeno Brito Geraldo⁴:

(...) apresenta os seguintes pontos fundamentais para justificar a responsabilidade objetiva prevista na Lei 8.078/1990: a) a produção em massa; b) a vulnerabilidade do consumidor; c) a insuficiência da responsabilidade subjetiva; d) a existência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades; e) o fato de que o fornecedor tem de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com a venda. Relativamente ao último fator, leciona o jurista, mencionando a sua origem romana: "como já de resto

diziam os romanos, 'ubi emolumentum ibi onus, ubi commoda, ibi incommoda'; ou seja, quem lucra com determinada atividade que representa um risco a terceiro deve também responder pelos danos que a mesma venha a acarretar.⁵

Desse modo, é adequado o controle dessas relações a fim de tutelar o resultado de uma produção com defeito ou vício, como faz nosso CDC, cuidando para promover a confirmação do ressarcimento pelos prejuízos ou danos saboreados nas relações consumeristas, ressaltando que como a questão do respectivo vício ou defeito envolve um produto ou serviço, é um fato independente a figura do "produtor" pois é o produto ou serviço que culmina no fato gerador de dano, sendo o fornecedor, teoricamente, responsável apenas pelo ressarcimento dos prejuízos auferidos. Deve ser observado por fim, no que tange a responsabilidade do fornecedor quanto a seu dever de indenizar que responderá então somente porque tem um fundo capaz de pagar os supostos prejuízos.

2 DO MÉRITO DAS DECISÕES E DECISÕES DIVERSAS

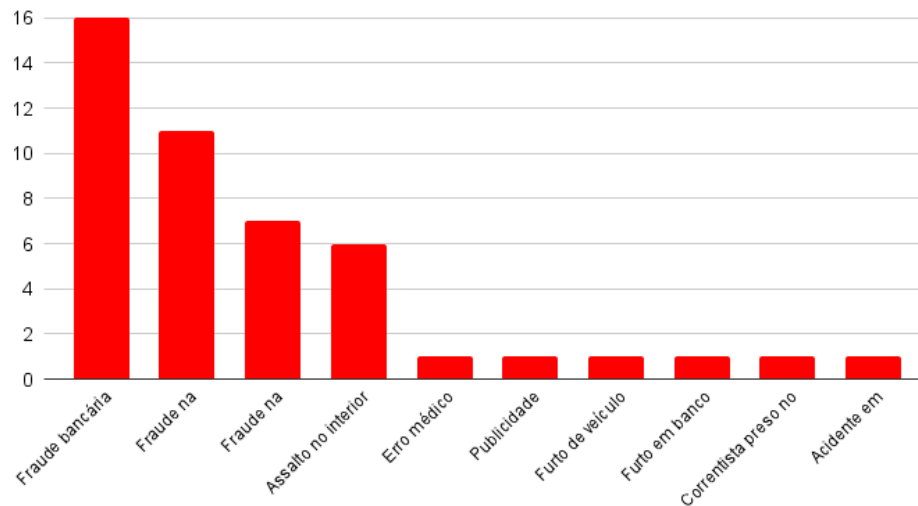
Com base na análise jurisprudencial realizada junto ao TJRS, houve um planilhamento dos processos em um espaço tempo entre 01/01/2015 até 01/01/2020 resultando na catalogação de quarenta e seis julgados dentro desse período cujo tema envolvia especificamente o método de aplicação da teoria do risco e em quais ocasiões eram aplicadas no judiciário do Rio Grande do Sul, a partir desses dados, surgiram uma série de considerações iniciais.

Primeiramente, sempre que a teoria do risco proveito foi utilizada como forma de embasamento, às decisões eram favoráveis à parte e vale salientar que os três artigos que mais aparecem atrelados à teoria citada, foram o artigo 6º, artigo 14 e artigo 17 do CDC, com exceção da Apelação Cível, Nº 70067729715, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em: 02-06-2016 onde o julgador negou provimento a ação cujo objeto era um furto de caminhão em um posto de combustível, apesar de citar a teoria do risco proveito.

⁵ FILOMENO BRITO GERALDO, José. Direitos do Consumidor. 15. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018.

Para fins de facilitar a visualização de quais casos houve a aplicação da teoria, foi criado um gráfico baseado na referida tabela de dados, conforme:

Gráfico de aplicação da Teoria do Risco Proveito no judiciário do RS



Visualizando o gráfico, em primeiro lugar no ranking houve dezesseis aplicações da teoria a fraudes bancárias, no segundo lugar houve onze aplicações da teoria a fraudes nas contratações (lojas), em terceiro lugar houve sete aplicações da teoria a fraudes nas contratações (telefonias), em quarto lugar houve seis aplicações da teoria em assaltos nos interiores de agências bancárias, em quinto lugar houve uma aplicação da teoria para erro médico, em sexto lugar houve uma aplicação da teoria para publicidade enganosa, em sétimo lugar houve uma aplicação da teoria para furto de veículo, em oitavo lugar houve uma aplicação da teoria para furto em banco, em nono lugar houve uma aplicação da teoria para correntista preso no interior de agência bancária e em décimo lugar houve uma aplicação da teoria em acidente em ambiente hospitalar.

Em relação a instituições bancárias, há dois problemas predominantes: a fraude por terceiros, onde subdivide-se em contratação de empréstimos, contratação de cartões de crédito, financiamentos, débitos em conta e gravame de veículo; importante salientar que quase sempre ocorrem mediante assinatura falsa ou outros métodos de estelionato, os quais poderiam ter sido evitados pelas instituições financeiras se a documentação tivesse sido devidamente verificada,

sendo que as vítimas só tiveram ciência das referidas fraudes porque descobriram estarem inscritas junto aos órgãos de proteção ao crédito ou porque estavam com seus veículos ofertados como garantia de pagamento de financiamento, o que nitidamente caracteriza o dano. O segundo problema predominante é em relação a assalto dentro de instituições bancárias, sempre porque houve uma falha na segurança que poderia ser evitada se os bancos e lotéricas partissem do princípio de que são o primeiro alvo de assaltantes por serem locais onde guardam um número expressivo de dinheiro, tornando seus clientes e funcionários alvos relativamente fáceis aos criminosos.

Ademais, no caso de fraude na contratação em relação a lojas, o problema mais comum é a compra de produtos em nome de terceiros, onde as vítimas só descobrem porque tiveram seus nomes inscritos juntos aos órgãos de proteção ao crédito pela falta de pagamento da suposta dívida que contraíram junto ao comércio, o que poderia ser evitado durante a compra se a empresa tivesse agido com diligência.

Não obstante, ainda dentro do mesmo tema mas agora em relação a empresas de telefonia, igualmente ocorre com a aquisição de serviços, onde o estelionatário contrata um plano ou muda para outro plano mais caro em nome de um terceiro, a vítima toma ciência no momento em que as faturas estão sendo debitadas diretamente em sua conta ou quando há uma restrição em seu CPF.

Por conseguinte, analisando os dados apresentados, pode-se concluir que nos casos trazidos, a teoria do risco proveito foi aplicada de maneira eficiente e adequada, pois os problemas ocasionados poderiam ser evitados visto que presumíveis frente aos riscos assumidos pelas requeridas, motivo pelo qual deveriam ter agido com zelo no manuseio dos dados e documentações apresentadas, assim, acertadamente devem responder de maneira objetiva pelos transtornos causados às vítimas, visto que os danos eram facilmente presumíveis.

Quanto às decisões diversas, há três decisões que merecem o devido destaque por terem aplicações da teoria do risco proveito um tanto quanto fora da curva do que foi exposto, nessa senda, colaciona-se o que foi decidido a respeito de erro médico, queda em estabelecimento hospitalar e correntista que ficou preso em sala de autoatendimento em agência bancária durante a madrugada.

Em relação ao erro médico, o profissional ao realizar uma cirurgia na requerida, acabou perfurando seu esôfago durante a intubação e colocação de sonda nasogástrica, alegou ainda que o profissional foi negligente ao não realizar exames investigativos para constatar a origem dos sintomas pós operatórios, o que culminou em uma infecção generalizada pela sucessão de erros demandados, motivo pelo qual ajuizou uma ação indenizatória contra o médico e o hospital. No julgamento, o relator Paulo Roberto Lessa Franz, condenou as rés ao pagamento de R\$70.000,00 (setenta mil reais) a título de danos morais e R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos estéticos, sob a fundamentação de responsabilização subjetiva ao médico, constatando sua negligência com fulcro no artigo 186 do Código Civil e ao hospital, empregou a teoria do risco proveito sob a fundamentação da responsabilidade objetiva, com fulcro no artigo 14, §3º do Código do Consumidor em virtude de sua omissão acerca dos atos de um membro de sua equipe médica.

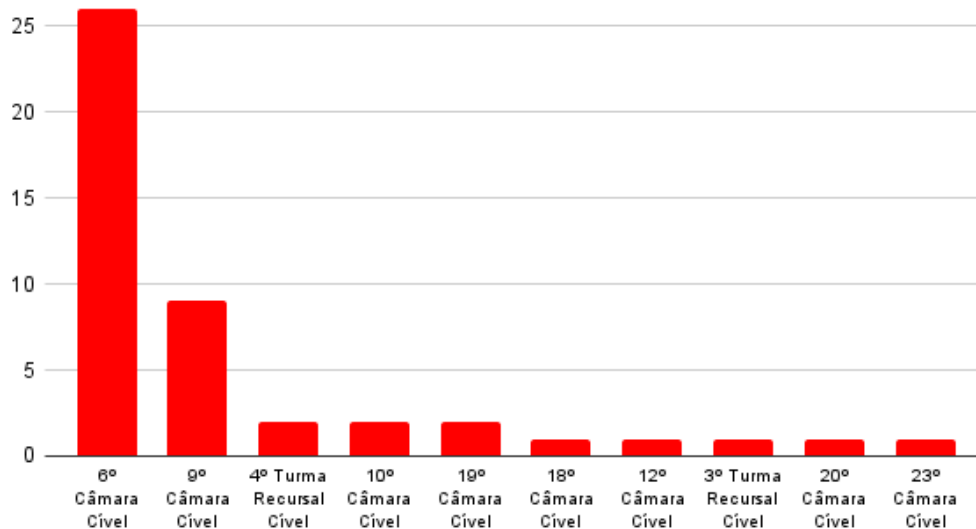
Em relação a queda em estabelecimento hospitalar, a requerente ao visitar seu pai que estava internado junto ao hospital requerido, sofreu uma queda que culminou na fratura de seu braço direito com necessidade inclusive, de intervenção cirúrgica, fato que ultrapassou o mero dissabor. O julgador aplicou a teoria do risco proveito com base no art. 14, §3º do CDC, recorrendo também ao art. 927 do CC, restando comprovado através das filmagens das câmeras que o piso estava mal sinalizado, visto que recém haviam limpado o local e a autora caminhava normalmente, fato que poderia ter sido evitado se a ré tivesse tomado os devidos cuidados, visto que o acidente era previsível.

Em relação ao correntista que ficou preso em sala de autoatendimento em agência bancária durante a madrugada, o requerente ficou preso dentro da sala de autoatendimento por aproximadamente três horas, em plena madrugada e apesar de ser um fato opcional, o julgador aplicou o art. 927, parágrafo único do CC e art. 14, §1º do CDC porque entendeu como falha na prestação do serviço a circunstância de a agência não disponibilizar qualquer meio de ajuda ao cliente e não atender ao chamado da Brigada Militar.

3 DOS ÓRGÃOS JULGADORES E RELATORES

No tocante aos órgãos julgadores, com o intuito de facilitar a visualização de quais câmaras/turmas mais aplicaram a teoria do risco proveito, é possível consultar:

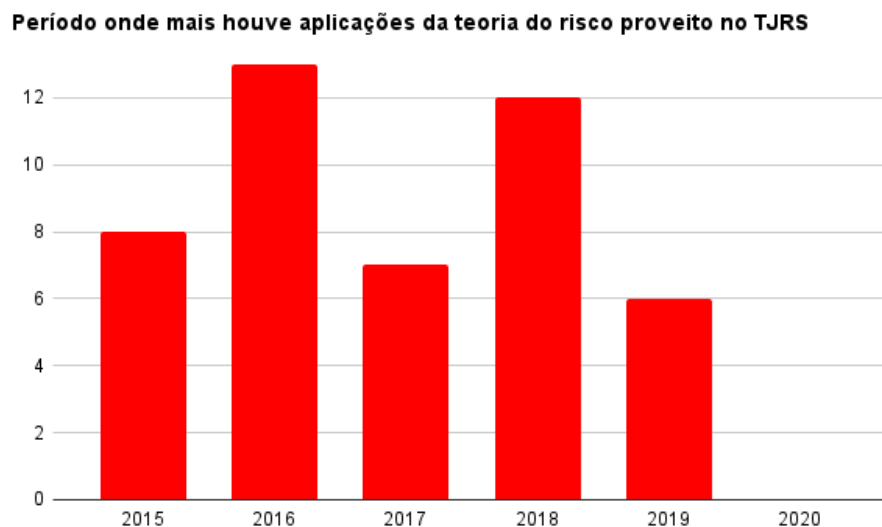
Aplicação da teoria pelos órgãos julgadores do RS



Observando o gráfico, podemos concluir que não deve ser interposta esse tipo de ação junto ao Juizado Especial Cível, visto que o tema tem uma certa complexidade e muitas vezes necessita de perícia grafotécnica para comprovar a fraude nas assinaturas, devendo ser ajuizada mediante procedimento comum cível.

Junto aos órgãos cíveis, o qual disparadamente aplica a teoria é a sexta câmara cível, com cerca de vinte e seis aplicações, seguida dela há a nona câmara cível com nove aplicações da teoria, em terceiro lugar a quarta turma recursal com duas aplicações, em quarto lugar a décima câmara cível com duas aplicações, em quinto lugar a décima nona câmara cível também com duas aplicações, as demais citadas que foram a décima oitava câmara cível, décima segunda câmara cível, terceira turma recursal, vigésima câmara cível e vigésima terceira câmara cível, não costumam aplicar efetivamente a teoria do risco proveito, pois dentro do limite de tempo pesquisado, utilizaram apenas uma vez cada.

Ademais, também é importante ressaltar os anos onde mais houveram aplicações da teoria do risco proveito pelos órgãos do judiciário do Rio Grande do Sul foram. Com o intuito de facilitar a visualização, é possível conferir a ilustração abaixo:



Assim, podemos concluir que em primeiro lugar foi 2016 com treze aplicações, em segundo lugar 2018 com doze aplicações, em terceiro lugar 2015 com oito aplicações, em quinto lugar 2017 com sete aplicações e em sexto lugar 2019 com seis aplicações, não havendo registro de nenhuma em 2020, o que é um fato um tanto curioso.

Quanto aos relatores, como citado anteriormente, a sexta câmara cível foi o órgão o qual mais aplicou a teoria do risco proveito, sendo dividida entre os relatores Rinez da Trindade que atuou de 2015 até 2017, posteriormente tornando-se juiz assessor da presidência do tribunal de justiça, quem assumiu seu lugar foi Niwton Carpes da Silva, também aplicando rotineiramente a respectiva teoria até o ano de 2019.

O terceiro a mais aplicar a teoria foi Carlos Eduardo Richinitti, seguido de Eugênio Facchini Neto e Marco Antonio Angelo, os demais, julgaram apenas uma vez cada, sendo Sylvio José Costa Silva Tavares, Pedro Celso Dal Pra, Paulo Roberto Lessa Franz, Túlio de Oliveira Martins, Fabio Vieira Heerd, Umberto Guaspari Sudbrack e Ana Paula Dalbosco.

Curioso observar que entre todas as câmaras/turmas citadas, apenas a vigésima terceira câmara cível possui uma juíza mulher, a referida Ana Paula Dalbosco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a discussão doutrinária e jurisprudencial traçada ao longo do presente trabalho de conclusão de curso podemos compreender que a necessidade de tutelar as relações de consumo deu-se em virtude da expansão e principalmente da modernização do mercado, onde tornou possível a produção em massa e assim, se antes as operações de compra e venda eram uma maneira simples de adquirir produtos e serviços, com a modernização do setor as operações começaram a dar-se de forma impessoal e indireta.

Com essa nova configuração, o aumento exponencial na confecção de produtos/serviços além de aumentarem consideravelmente os lucros por parte dos fornecedores e prestadores de serviço, também aumentaram a probabilidade de defeitos e falhas nas ofertas desses bens, com isso, surge a necessidade de uma intervenção Estatal para garantir o equilíbrio das relações consumeristas.

Assim, nasce o direito do consumidor com o intuito de atender a tríplice mandamental constitucional instituída com o desejo de proteger a parte mais fraca das referidas relações, no caso, os consumidores que de acordo com o art. 2º do CDC, é "...toda pessoa física toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

Em contrapartida, com base no art. 3º do CDC, fornecedor é "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

Ademais, também foi possível compreender que a teoria adotada pelo CDC foi a do finalismo aprofundado, a qual deu origem a uma noção focada no consumidor final imediato e de seu caráter vulnerável frente às relações, com respaldo no art. 4º, I do CDC.

Após, foi conceituado os tipos de produtos e serviços para que fosse possível entender quais direitos surgiriam mediante cada contratação e como ocorre a responsabilização cível de consumo, onde foi possível concluir que nasce da falha ou vício das relações contratuais, conforme o art. 18 do CDC.

Portanto, como forma de amenizar os problemas adquiridos junto com a produção em massa, irrompe a teoria do risco proveito, extraída diretamente do art. 14 do CDC, pela qual entende que os fornecedores respondem independentemente de culpa pela falha de uma prestação, tutelando o resultado de uma produção com defeito ou vício e cuidando para garantir a confirmação do ressarcimento pelos prejuízos e danos causados ao consumidor.

E diante o exposto, através de uma análise jurisprudencial, foi possível compreender que a aplicação da teoria do risco proveito pelo TJRS se dá pela responsabilização objetiva a qual independe de prova de culpa do agente causador do dano desde que efetivamente verificada a falha na prestação do serviço, sendo o critério adotado para a sua aplicação o entendimento do dano presumido ao consumidor.

Nessa senda, foi constatado que entre os quarenta e seis julgados às relações consumeristas que mais apresentavam desequilíbrio eram as bancárias, onde quase sempre o problema era em relação a fraude e o problema poderia ter sido evitado caso houvesse a devida atenção a documentação apresentada na hora da contratação; à contratação em relação às lojas onde quase sempre o problema se dava durante a realização de uma compra em nome de terceiro, o que poderia ser evitado durante a compra se a empresa tivesse agido com diligência; e também em relação a contratação de um serviço de telefonia, onde o estelionatário contrata um plano ou muda para outro plano mais caro em nome de um terceiro e a vítima só toma ciência no momento em que as faturas estão sendo debitadas diretamente em sua conta ou quando há uma restrição em seu CPF, em todos esses casos, houve aplicação do art. 14 do CDC em detrimento da vulnerabilidade do consumidor.

Também é válido apontar que os órgãos onde disparadamente mais aplicaram a teoria do risco proveito são as 6ª (dividida entre os relatores Rinez da Trindade que atuou de 2015 até 2017, tendo seu lugar assumido por seu sucessor Niwton Carpes da Silva) e 9ª câmaras cíveis (com o relator Carlos Eduardo Richinitti) e que o pico

dessas decisões se deu em 2016 e 2018, não havendo nenhuma aplicação em 2020 provavelmente devido a pandemia.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do Consumidor*. 15. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual*. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

9. A CHAVE PIX COMO FERRAMENTA DE INCLUSÃO E PROTEÇÃO DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS: PERSPECTIVAS ACERCA DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-09>

*Claudia R. O. M. S. Loureiro*¹

*Daniel Urias Pereira Feitoza*²

*Pedro Lucchetti Silva*³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a utilização da chave PIX como ferramenta de inclusão e proteção das relações consumeristas no contexto brasileiro. Dessa forma partindo-se da compreensão dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável postulados pela Organização das Nações Unidas na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20) visa-se inferir se a utilização de tal mecanismo tecnológico financeiro corrobora para a concretização das metas estabelecidas na Agenda 2030. Conclui-se no trabalho que a chave PIX apesar de suas inúmeras problemáticas discutidas no texto serve de fato como ferramenta de inclusão das camadas mais vulneráveis da sociedade, principalmente no que toca os indivíduos desbancarizados, no sistema financeiro

¹ Pós-Doutoranda em Direito pela NOVA School of Law – Lisboa; Pós-Doutorado em Direitos Humanos - Coimbra; Pesquisa em nível de Pós-Doutorado em Direito Internacional e Comparado concluída pela FADUSP; Doutora e Mestre pela PUC/SP; Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia; Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenadora do Observatório Latino-Americano e Europeu dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – UFU; Coordenadora do Grupo Biodireito e Direitos Humanos – UFU; Membro da Refugee Legal Clinic da NOVA School of Law. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8808192737927290>. E-mail: crmloureiro@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8808192737927290/>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0471-5711>.

² Bacharelado da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis na Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI-UFU) e no Laboratório de Direitos Humanos (LabDH-UFU). E-mail: danielurias31@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1841-145X/>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5374299256344083>.

³ Bacharelado da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis na Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI-UFU) e no Laboratório de Direitos Humanos (LabDH-UFU). Bolsista de Iniciação Científica Fapemig. E-mail: Pedrolucchetti1@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9037-4131/>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8513405321505466>.

vigente, e concomitantemente tal ferramenta mostra-se como um ponto de apoio que ajudará no alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável de número 9 (indústria, inovação e infraestrutura) e 10 (redução das desigualdades), todavia com os dados atuais não se mostrou de forma conclusiva como a mesma serviria de auxílio para a concretização do Objetivo de número 11 (cidades e comunidades sustentáveis).

Palavras-Chave: Consumidor; ODS; PIX; População Desbancarizada; Relações Consumeristas.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the use of the PIX key as a tool for inclusion and protection of consumer relations in the Brazilian context. Thus starting from the understanding of the Sustainable Development Goals postulated by the United Nations at the United Nations Conference on Sustainable Development (Rio + 20) it aims to infer whether the use of such financial technology mechanism corroborates the achievement of the goals set out in Agenda 2030. This paper concludes that the PIX key, despite its numerous problems discussed in the text, does serve as a tool for inclusion of the most vulnerable strata of society, especially when it comes to unbanked individuals in the current financial system. At the same time, this tool shows itself as a support point that will help achieve the Sustainable Development Goals number 9 (industry, innovation and infrastructure) and 10 (reduction of inequalities). However, with the current data, it has not been shown conclusively how it will help achieve Goal number 11 (sustainable cities and communities).

Keywords: Consumer; SDG; PIX; Unbanked population; Consumer Relations.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o relatório do Banco Mundial em 2017, *Global Index*, cerca de 47% dos indivíduos não possuem acesso a contas bancárias ao redor do mundo, essa condição é ainda mais expressiva quando atentos aos recortes de gênero visto que mulheres representam a maior parte dessa população considerando as

desigualdades de acesso ao emprego.⁴ No mesmo relatório, é possível verificar que países em desenvolvimento apresentam baixas oportunidades para que esses indivíduos tenham acesso a contas bancárias, sobretudo, no Brasil.⁵ Sendo assim, desde já, cumpre salientar que a inclusão financeira está longe de alcançar a sua proeminência devido aos interesses da manutenção do capital na medida em que as desigualdades sociais sustentam o sistema político-econômico neoliberal.⁶

É com base nessa realidade que em 2015 são firmados os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) criado pela Organização das Nações Unidas (ONU). Trata-se de um projeto que se iniciou na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20) em 2012 e tem como inspiração os Objetivos do Milênio (ODM) firmados em 2000. Dessa forma, o presente trabalho visa verificar se a chave PIX está alinhada aos objetivos de desenvolvimento sustentável atentando-se aos objetivos 9 (indústria, inovação e infraestrutura); 10 (redução das desigualdades) e 11 (cidades e comunidades sustentáveis). Para isso, utiliza-se de um levantamento bibliográfico qualitativo de pesquisas científicas e fontes jornalísticas para alcançar seus objetivos, tendo como hipótese um possível avanço do Brasil para com os ODS a partir da implementação da chave PIX.

2 OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU

Tem-se que o desenvolvimento sustentável consolidou-se como pauta no cenário global a partir da publicação em 1987 do Relatório Brundtland, intitulado *Nosso futuro comum*, consolidando como o tripé do desenvolvimento a existência continua do socialmente justo, economicamente inclusive e ambientalmente

⁴ BANCO MUNDIAL. *The Global Findex Database 2017 / Measuring Financial Inclusion and Fintech Revolution*. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29510/211259ov.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.

⁵ BANCO MUNDIAL. *The Global Findex Database 2017 / Measuring Financial Inclusion and Fintech Revolution*. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29510/211259ov.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.

⁶ PIKETTY, Thomas. *O capital do século XXI*. Tradução de: Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

responsável.⁷

Com a pauta consolidada no âmbito global no ano de 2000 foi promovida a cúpula do milênio pelo secretário geral da ONU da qual se originaram os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), estabelecendo assim um total de oito metas a serem alcançadas pela comunidade global até o ano de 2015, tais objetivos sofreram duras críticas ao simplificar demasiadamente a agenda dos anos 90 e estabelecerem um padrão baixo nas metas à serem alcançada.⁸

Ato contínuo, no ano de 2012 os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) foram propostos como resolução da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20), sediada no Rio de Janeiro, aprovando 17 objetivos e 169 metas tendo como um dos principais lemas “o desenvolvimento hoje não deve ameaçar as necessidades das gerações presentes e futuras”⁹ desenvolvendo assim a chamada Agenda 2030.

Neste espeque a Organização das Nações Unidas reconheceu como um de seus principais objetivos e, concomitantemente um de seus maiores desafios, a erradicação da pobreza extrema, sendo tal meta um requisito imperioso para que se concretizasse o desenvolvimento sustentável em consonância com o seu tripé de sustentação supracitado.¹⁰

Para o presente trabalho imprescindível que se dê destaque a três objetivos específicos, sendo eles os objetivos 9 (indústria, inovação e infraestrutura); 10 (redução das desigualdades) e 11 (cidades e comunidades sustentáveis).

Acerca do objetivo 9 tem-se que os investimentos em infraestrutura e inovação fazem parte de fatores basilares para que se dê o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável na comunidade global como um todo, ressaltando a necessidade no desenvolvimento tecnológico crítico que possibilite a inserção internacional e a geração de empregos de qualidade, imperioso neste momento dar

⁷ ALVES, José Eustáquio Diniz. Os 70 anos da ONU e a agenda global para o segundo quinquênio (2015-2030) do século XXI. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 32, p. 587-598, 2015.

⁸ CORREA, S.; ALVES, J. E. D. As Metas de Desenvolvimento do Milênio: grandes limites e oportunidades estreitas. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 22, n. 1, p. 177-189, 2005.

⁹ ONUBR. *Nações Unidas do Brasil*. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/> Acesso em: 6 nov. 2021.

¹⁰ ONUBR. *Nações Unidas do Brasil*. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/> Acesso em: 6 nov. 2021.

destaque à meta nove que roga por: "Meta 9.c: aumentar significativamente o acesso às tecnologias de informação e comunicação e se empenhar para procurar, ao máximo, oferecer acesso universal e a preços acessíveis à internet nos países menos desenvolvidos até 2020."¹¹

No que tange o objetivo 10, este demanda pela redução de desigualdades como um todo, rogando por esforços de todos os setores no desenvolvimento de ações que promovam as oportunidades necessárias para as camadas mais vulneráveis da sociedade, neste tópico destacam-se em especial as metas 10.2 e 10.4 dos ODS, os quais clamam por: "Meta 10.2: até 2030, empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente de idade, sexo, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra."¹²

E finalmente tem-se o objetivo de número 11, a qual de caráter ambiental visa no alcance de cidades e comunidades sustentáveis como um todo, dando enfoque especial na meta de número 11.6 a qual visa "até 2030, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, inclusive prestando especial atenção à qualidade do ar, gestão de resíduos municipais e outros"¹³

Assim, tendo discorrido brevemente acerca do histórico da Organização das Nações Unidas acerca de sua implementação de Desenvolvimento Sustentável e seus pilares na comunidade global, culminando na positivação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável na chamada Agenda 2030, discorrer-se-á mais profundamente acerca dos impactos da chave PIX, política implementada pelo Banco Central do Brasil, através da Agenda BC# que tem por objetivo trazer mais

¹¹ SILVA, Enid Rocha Andrade; PELIANO, Anna; CHAVES, Jose. *AGENDA 2030 - ODS? Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4441430/mod_resource/content/1/Silva_2015_Os%20objetivos%20do%20Desenvolvimento%20Sustentavel%20e%20Desafios%20da%20Nacao.pdf. Acesso em: 6 nov. 2021.

¹² SILVA, Enid Rocha Andrade; PELIANO, Anna; CHAVES, Jose. *AGENDA 2030 - ODS? Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4441430/mod_resource/content/1/Silva_2015_Os%20objetivos%20do%20Desenvolvimento%20Sustentavel%20e%20Desafios%20da%20Nacao.pdf. Acesso em: 6 nov. 2021.

¹³ SILVA, Enid Rocha Andrade; PELIANO, Anna; CHAVES, Jose. *AGENDA 2030 - ODS? Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4441430/mod_resource/content/1/Silva_2015_Os%20objetivos%20do%20Desenvolvimento%20Sustentavel%20e%20Desafios%20da%20Nacao.pdf. Acesso em: 6 nov. 2021.

competitividade e tecnologia para o Sistema Financeiro Nacional tendo como uma de suas bases a sustentabilidade, educação, e inclusão.

3 A FALTA DE ACESSO À INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PELAS CAMADAS MAIS VULNERÁVEIS DO BRASIL

Estima-se que cerca de 45 milhões de pessoas no Brasil não possuíam uma conta bancária em 2017, além disso, os que têm acesso a algum tipo de conta em banco não utilizam os serviços financeiros ofertados pelas instituições, nesse grupo 59% são mulheres, 69% são negros, 86% pertencem às classes C, D e E, 58% não possuem acesso ao ensino médio, 45% solicitaram empréstimo financeiro para familiares e 24% recorreram a instituições financeiras para ter acesso a serviços de financiamento e/ou empréstimos.¹⁴ É importante ressaltar que esses indivíduos movimentam mais de R\$800 bilhões de reais todos os anos no país e grande parte dessas pessoas recebiam seus salários através do emprego informal, ou seja, em notas de papel moeda.

Nessa perspectiva, é imperioso analisar a urgência de uma política de acesso a contas financeiras a serem implementadas pelo Sistema Financeiro Nacional.¹⁵ Vale destacar que essa falta de acesso aos bancos, além das desigualdades socioeconômicas, também se dá a partir da falta de confiança dos indivíduos nas instituições bancárias tradicionais.¹⁶

É nesse sentido que nascem os bancos e sistemas digitais de pagamento como Nubank e PicPay, *fintechs* que afetam diretamente o setor financeiro e econômico no Brasil na medida em que, essas empresas oferecem serviços monetários mais atrativos que os bancos tradicionais como taxas reduzidas,

¹⁴ BRASIL tem 45 milhões de desbancarizados, diz pesquisa. *Época Negócios*, 18 ago. 2019, São Paulo. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/08/brasil-tem-45-milhoes-de-desbancarizados-diz-pesquisa.html> Acesso em: 01 ago. 2021.

¹⁵ SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ZANETONI, Jaqueline de Paula Leite; VITA, Jonathan Barros. Inclusão financeira, inovação e promoção ao desenvolvimento social e econômico através do pix. *Revista Jurídica - Unicuritiba*, v. 4, n. 61, p. 127, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4549/371372721>. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹⁶ MAIORIA dos brasileiros pensa que bancos não entendem seus clientes. *Uol Notícias*, 19 fev. 2015, São Paulo. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/efe/2015/02/19/maioria-dos-brasileiros-pensa-que-bancos-nao-entendem-seus-clientes.htm>. Acesso em: 01 ago. 2021.

transparência, e sobretudo, facilidade de acesso a contas bancárias.¹⁷ Essa conjuntura aumentou a competitividade do mercado oferecendo uma condição mais benéfica para uma parcela da população bancarizada que tem acesso a essas soluções digitais, na medida em que as *fintechs* abriram as portas para um grupo de indivíduos que não tinham acesso a contas bancárias nas instituições tradicionais.¹⁸

Paralelo a isso, durante a pandemia do COVID-19 foi instituído o benefício auxílio emergencial, positivado pela Lei nº 13.982 de 2020, que se mostra como a primeira medida que, embora apresente incontáveis deficiências de implementação a nível federal¹⁹, representa a primeira política nacional de digitalização bancária, política essa que abrange, principalmente as camadas populares desbancarizadas. Nesse viés, o auxílio emergencial permitiu que muitas pessoas que não tinham acesso a contas bancárias fossem introduzidas no SFN para consequentemente poderem ter acesso ao benefício. Sendo assim, convém destacar que:

[..] apesar da crise econômica mundial gerada em razão da crise sanitária (cenário pandêmico iniciado em março de 2020), em âmbito nacional pode-se intuir de forma empírica, a (re)aceleração da bancarização em razão do auxílio emergencial concedido pelo Governo Federal, o qual incentivou a (re)abertura de contas de movimento bancário.²⁰

O auxílio emergencial evidenciou a desigualdade sócio financeira da população brasileira na medida em que 40% dos indivíduos que procuraram ter acesso ao benefício jamais tinham tido uma conta bancária, sobretudo, não tinham

¹⁷ BARBOSA, Roberto Rodrigues. *Fintechs: a atuação das empresas de tecnologia de serviço financeiro no setor bancário e financeiro brasileiro*. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

¹⁸ LEITE, Arthur Henrique Geraldi. A preferência do consumidor entre instituições financeiras tradicionais e fintechs. *Instituto Insper*, p. 22, 2019.

¹⁹ Cf. ARRUDA, Dyego de Oliveira; SANTOS, Caroline Oliveira. As políticas públicas e os corpos subalternizados em tempos de pandemia: reflexões a partir da implementação do auxílio emergencial no Brasil. *Revista de Ciências Sociais da Unisinos*, v. 56, n. 2, pp. 143-154. 2020. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2020.56.2.03/60748099. Acesso em: 01 ago. 2021.

²⁰ SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ZANETONI, Jaqueline de Paula Leite; VITA, Jonathan Barros. Inclusão financeira, inovação e promoção ao desenvolvimento social e econômico através do pix. *Revista Jurídica - Unicuritiba*, v. 4, n. 61, p. 143, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4549/371372721>. Acesso em: 01 ago. 2021.

acesso à internet ou Cadastro de Pessoa Física (CPF) ativo (requisitos essenciais para acesso ao benefício)²¹ com base nisso, é mister levar em consideração o perfil de indivíduos vulneráveis e hipervulneráveis²² que passaram a compor o SFN, dessa forma, é necessário levar em consideração a urgência do empoderamento, educação e proteção do consumidor de serviços financeiros no país principalmente em períodos pandêmicos em que essa vulnerabilidade é ainda mais acentuada.²³ Nesse sentido, cumpre destacar também o papel da concorrência em favor do consumidor:

a política de defesa da concorrência está conectada à competição sadia entre os agentes econômicos, de modo que suas regras são dirigidas à regulação da estrutura do mercado atingido por um ato de concentração econômica e ao ajuste do comportamento dos atores econômicos envolvidos. Logo, inicialmente, nota-se que a aplicação dessas regras cria um efeito reflexo para os consumidores, haja vista que elas lhes permitem escolher racionalmente dentre um número de fornecedores mínimos. [...] O bem-estar da coletividade de consumidores possui extrema relevância para a política concorrencial, não sendo mera retórica (por estar listado em seus objetivos) justamente pelas possíveis consequências práticas que a lesão ao consumidor pode ocasionar para a punição do agente econômico infrator.²⁴

Portanto, embora o auxílio emergencial tenha passado por diversas instabilidades políticas e deficiências estruturais para alcançar as camadas mais vulneráveis da sociedade, não há como desassociar o fenômeno do PIX com o processo de redução considerável da população brasileira desbancarizada, graças

²¹ AUXÍLIO emergencial de R\$ 600 revela 46 milhões de brasileiros invisíveis aos olhos do governo. *G1 notícias*, 26 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/04/26/auxilio-emergencial-de-r-600-revela-42-milhoes-de-brasileiros-invisiveis-aos-olhos-do-governo.ghtml>. Acesso em: 01 ago. 2021.

²² MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2014. p. 17.

²³ Cf. D'AQUINO, Lúcia Souza; MUCELIN, Guilherme. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 129, p. 17-46, 2020.

²⁴ SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. Defesa da Concorrência e bem-Estar do Consumidor, de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 108, 2016.

ao benefício implementado pelo Governo Federal.²⁵

4 A CHAVE PIX E A SUA RELAÇÃO COM OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU

Em 2016, o Banco Central do Brasil (BC) implementou a Agenda BC+ seguida da Agenda BC# em 2019, políticas que têm por objetivo estabelecer soluções capazes de facilitar o acesso aos mercados financeiros, incentivar a concorrência, melhorar a transparência e a qualidade das informações financeiras, estimular a participação consciente no mercado e promover soluções financeiras sustentáveis que reduzam os riscos socioambientais na economia e no Sistema Financeiro Nacional (SFN).²⁶ Perante o cenário supra especificado é inaugurada em novembro de 2020, a chave PIX, uma solução digital de pagamentos do Banco Central do Brasil, por meio da Agenda BC+, que tem por objetivo realizar transferências bancárias gratuitas de contas de pessoas físicas e com taxas reduzidas para pessoas jurídicas nas mais diferentes instituições bancárias, seja *fintech* ou tradicional.

A ideia se inspira no sucesso da implementação de sistemas de pagamentos digitais adotados na China e Índia.²⁷ Diferentemente dos outros sistemas de pagamento nacionais como TED e DOC, o PIX opera todos os dias da semana, 24 horas por dia, incluindo feriados, ou seja, possui um fluxo contínuo e instantâneo de transações de pagamentos. O sistema de pagamentos em análise apresenta-se como uma ferramenta de reduzir os custos de serviço do setor bancário, que em contrapartida se mostra como um dos setores mais abusivos para com o consumidor.²⁸

²⁵ BERTÃO, Andreia. Número de brasileiros sem conta em banco caiu 73% durante a pandemia, aponta Mastercard. *Valor Investe*, 26 out. 2020. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/produtos/servicos-financeiros/noticia/2020/10/26/numero-de-brasileiros-sem-conta-em-banco-caiu-73percent-durante-a-pandemia-aponta-mastercard.ghtml>. Acesso em: 01 ago. 2021.

²⁶ PAIXÃO, Ricardo Fernandes; AGUIAR, João Benício; RAGAZZO, Carlos. *O regulador inovador: Banco Central e a agenda de incentivo à inovação*. São Paulo: Instituto Propague, 2021, p. 76.

²⁷ FOGEL, Sergio. The Pandemic Catalyst: Digital Payments Set To Take Off In Emerging Markets. *Forbes*, 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com./sites/forbesfinancecouncil/2020/09/17/the-pandemic-catalyst-digital-payments-set-to-take-off-in-emerging-markets/?sh=3d415dcb6e90>. Acesso em: 01 ago. 2021.

²⁸ REVI, Silvia Regina Ali Zeitoun. *Cláusulas abusivas nos contratos bancários: a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica constitucional*. 2021. 148 f. Dissertação (Mestrado

Assim, considerando o fato de que o PIX oferece transações gratuitas para pessoas físicas em um sistema totalmente digitalizado, ou seja, não há emissão física de papéis de cupom fiscal ou comprovantes de compra o que contribui para a redução da produção de papel no país, sobretudo, esses que são descartados em prazos significativamente curtos. Esse reflexo é inspirado no sucesso das notas fiscais eletrônicas implementadas em 2006 pelo Ministério da Fazenda, com essa política entre os anos de 2006 e 2019, estima-se que cerca de 83 bilhões de folhas de papel deixaram de ser produzidas a partir desse processo de digitalização.²⁹

A partir do viés ambiental proporcionado pelo PIX, se pode levar em consideração uma aproximação dessa ferramenta com os Princípios para um Banco Responsável do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente que se apresentam como uma estrutura única para garantir que a estratégia e a prática dos bancos se alinhem com a visão que a sociedade estabeleceu para o seu futuro nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e no Acordo Climático de Paris, vale destacar que esses princípios tem por signatários os bancos brasileiros Bradesco, BTG Pactual, Itaú e Banco da Amazônia. Tais princípios, de modo geral, trazem seis diretrizes a serem seguidas pelas instituições financeiras, essas medidas orientam os bancos a incorporem políticas de sustentabilidade em todas os seus modelos de negócio e atuação, alinhando o desenvolvimento sustentável com os negócios bancários.³⁰

No que diz respeito às Pessoas Jurídicas (PJ), o sistema de pagamentos não estabelece um limite para a cobrança de taxas por parte das instituições detentoras das contas³¹, essa pode ser uma deficiência para a PJ, principalmente Microempreendedores Individuais (MEI's) e Empresários Individuais (EI's) visto que,

em Direito) - Universidade Nove de Julho. São Paulo, p. 129. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2527/2/Silvia%20Regina%20Ali%20Zeitoun%20Revi.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.

²⁹ Cf. BRASIL poupa 2 milhões de árvores com notas fiscais eletrônicas. *Serasa Experian*, 14 jan. 2019, São Paulo. Disponível em: <https://serasa.certificadodigital.com.br/blog/brasil-poupa-2-milhoes-de-arvores-com-notas-fiscais-eletronicas/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

³⁰ ONU. UN Environment Programme. Guidelines for Climate Target Setting for Banks / Guideline One. 2021.

³¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução do Banco Central do Brasil Nº 19 de 1º de outubro de 2020*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=19>. Acesso em: 01 ago. 2021.

embora essa seja uma possível estratégia do Banco Central de estimular a competitividade entre as instituições financeiras, a cobrança de taxas para PJ's pode vir a se tornar abusiva e afetar as relações consumeristas, principalmente as de MEI's e EI's. Partindo dessa premissa, o PIX possui um potencial de estimular a concorrência no SFN, cabe destacar que:

Para quem vende, o PIX possui algumas vantagens em relação aos arranjos atuais de pagamentos. Especialmente para os pequenos varejos e empreendedores informais, como os ambulantes, o PIX deve fazer frente às "maquininhas" de cartão. As taxas e tarifas cobradas pelas maquininhas consomem hoje boa parte da margem desses negócios. Havendo agora o PIX como alternativa de pagamento, a competição deve fazer essas tarifas caírem. O crédito imediato para quem recebe, proporcionado pelo PIX, também traz vantagens na menor necessidade de investimento em capital de giro pelos comerciantes. No limite, caso o PIX se torne um meio de pagamento preferencial, como se espera, é possível que muitos desses comércios informais deixem de ter a maquininha, principalmente aqueles cujas vendas com cartão de crédito são pouco relevantes (o PIX não engloba ainda as transações via cartão de crédito).³²

Entretanto, até o presente momento, o PIX se mostrou como uma ferramenta fundamental para o aquecimento econômico do Brasil em meio a pandemia na medida em que, devido ao isolamento social, a necessidade de uma ferramenta digital e segura como o PIX possibilitou que 56% dos pequenos negócios no país³³ tivessem os sistemas digitais como principal opção de pagamento, esse sucesso também se dá ao fato do escaneamento de *QR codes* que dispensam a necessidade do uso de cartão físico de débito o que proporciona uma transação mais segura tanto para o consumidor quanto para o fornecedor. Essa medida está alinhada com a inclusão financeira tanto de MEI's e EI'S quanto a população bancarizada que, tendo

³² SCHIOZER, Rafael. O PIX e o novo cenário competitivo no mercado de pagamentos. *Portal FGV*, São Paulo, 13 out. 2020. Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/pix-e-novo-cenario-competitivo-mercado-pagamentos>. Acesso em: 08 nov. 2021.

³³ MEIOS de pagamentos digitais aproximam consumidores e empresas na pandemia. *G1 notícias*, 16 jul. 2021, São Paulo. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/especial-publicitario/sebrae-maranhao/empreenda/noticia/2021/07/16/meios-de-pagamentos-digitais-aproximam-consumidores-e-empresas-na-pandemia.ghtml>. Acesso em: 01 ago. 2021.

tido acesso recentemente ou não, possuem um sistema de pagamentos mais inclusivo na medida em que as taxas cobradas são ainda muito mais competitivas do que os sistemas como TED e DOC. Nesse sentido, cumpre ressaltar que:

A inclusão financeira está posicionada de forma proeminente como um facilitador de outras metas de desenvolvimento nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para 2030, onde é apresentada como uma meta em oito das dezessete metas. Isso inclui o ODS1, sobre erradicação da pobreza; ODS 2 sobre acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e promover a agricultura sustentável; ODS 3 sobre lucrar com a saúde e o bem-estar; ODS 5 para alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento econômico das mulheres; ODS 8 sobre promoção do crescimento econômico e empregos; ODS 9 no apoio à indústria, inovação e infraestrutura; e o ODS 10 sobre a redução da desigualdade. Além disso, no ODS 17 sobre o fortalecimento dos meios de implementação, há um papel implícito para uma maior inclusão financeira por meio de uma maior mobilização de poupança para investimento e consumo que pode impulsionar o crescimento (tradução nossa).³⁴

O PIX possui números significativamente promissores para o curto prazo de operação da ferramenta, segundo o Banco Central, em seis meses o sistema de pagamentos registrou a marca de R\$1 trilhão de reais em movimentações financeiras e conta com mais de 230 milhões de chaves cadastradas, estima-se que cerca de 82 milhões de pessoas (40% da população brasileira) já utilizaram o sistema pelo menos uma vez, esses dados consolidam o PIX como a principal forma de pagamentos no Brasil.³⁵ Além disso, o PIX contribui para uma maior educação financeira do indivíduo no que diz respeito à informação, na medida em que, o consumidor se torna mais exigente³⁶ o que colabora para um sistema financeiro que

³⁴ ONU. Unlocking Public and Private Finance for the Poor. *Financial Inclusion and the SDGs*. Disponível em: <https://www.unCDF.org/financial-inclusion-and-the-sdgs>. Acesso em: 08 nov. 2021.

³⁵ RUBINSTEIN, Gabriel. Pix passa de R\$ 1 trilhão movimentados e chega a quase 40% dos brasileiros. *Exame*, São Paulo, 19 mai. 2021. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/pix-open-banking/pix-passa-de-r-1-trilhao-movimentados-e-chega-a-quase-40-dos-brasileiros/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

³⁶ PIMENTEL, Samuel. Pix eleva exigência dos clientes em relação aos serviços bancários. *Jornal O Povo*, 21 jul. 2021, Fortaleza. Disponível em:

empodera o consumidor e se mostra como um sistema mais transparente³⁷ atingindo assim uma consonância com a Agenda BC#.³⁸

Tem-se assim que a chave PIX por sua vez, estabeleceu uma forma de conectar *fintechs* e instituições bancárias tradicionais em um mesmo ambiente, propiciando ideias competitivas em benefício do consumidor e oferecendo uma solução de pagamentos instantâneos que opera todos os dias, estimulando um fluxo contínuo de transações financeiras ao redor do país. Observando o objetivo 10, é importante destacar que o Brasil está longe de reduzir as desigualdades em seu território, sobretudo se atentos ao projeto conservador-liberal e no descaso para com a pandemia por parte do Governo Federal.³⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, no que diz respeito ao objetivo 9 dos ODS, o PIX enquanto infraestrutura digital inteligente, se mostra alinhado com o proposto pela ONU, na medida em que o sistema possibilitou a integração de um sistema financeiro que durante anos se mostrou como conservador e impermeável.⁴⁰

Com base nisso, embora seja um sistema de pagamentos inovador que foi capaz de incluir significativamente a população brasileira com o impulso do benefício auxílio emergencial, não há de se falar em redução das desigualdades sociais por parte da implementação da chave PIX na medida em que, essa apenas traz para o meio digital aqueles indivíduos que possuem acesso a um determinado

<https://www.opovo.com.br/noticias/economia/2021/07/27/pix-aumentou-demanda-dos-clientes-por-mais-transparencia-dos-bancos.html>. Acesso em: 01 ago. 2021.

³⁷ SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ZANETONI, Jaqueline de Paula Leite; VITA, Joanthan Barros. Inclusão financeira, inovação e promoção ao desenvolvimento social e econômico através do pix. *Revista Jurídica - Unicuritiba*, v. 4, n. 61, p. 130, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4549/371372721>. Acesso em: 01 ago. 2021.

³⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Uma pauta para o sistema financeiro do futuro*. 2020. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/ppt_balanco_agenda_bc_2019.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

³⁹ COVID-19 in Brazil: "So what?". *The Lancet Magazine*, Editorial Note, Vol. 395, Issue 10235, p. 1461. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31095-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31095-3/fulltext). Acesso em: 01 ago. 2021.

⁴⁰ Cf. PAIXÃO, Ricardo Fernandes; AGUIAR, João Bonifácio; RAGAZZO, Carlos. *O regulador inovador: Banco Central e a agenda de incentivo à inovação*. São Paulo: Instituto Propague, 2021.

poder de compra.

Trata-se então de um fenômeno de inclusão financeira e não necessariamente uma ferramenta de redução das desigualdades sociais, para se ter uma resposta positiva para essa segunda opção, será necessário ter acesso a mais dados e pesquisas sobre o tema o que, até o momento não se têm.

Desde já, é de notório saber que o Brasil se mostra como um dos países mais desiguais do mundo, dessa forma, de um ponto de vista técnico, políticas interseccionais precisam ser propostas para se ter uma real redução das desigualdades por meio do PIX, tem-se como hipóteses para essa indagação: a ampliação do poder de compra dos indivíduos como acesso ao trabalho, redução da concentração de renda através da taxaço de grandes fortunas revertidas em programas sociais em benefício das populações mais pobres e a ampliação do acesso à informação de soluções de pagamentos como forma de incentivar a consciência financeira.

Paralelo a isso, o PIX oferece um ambiente digital que reduz consideravelmente a emissão de papéis na medida em que se tornam dispensáveis cupom fiscal e comprovantes de pagamento de forma física ou seja, trata-se de um sistema de pagamentos que oferece uma notória contribuição ambiental a partir da redução do consumo de papel. Além disso, por ser uma ferramenta totalmente regulada e administrada pelo Banco Central do Brasil, o PIX se apresenta também como uma solução segura e inteligente, portanto, pode-se verificar que o objetivo 11 está em consonância com esse sistema.

Com base nessas questões, a partir do presente trabalho foi possível denotar alinhamentos do PIX com os ODS 9 e 11, entretanto, é inegável destacar que o fenômeno do sistema de pagamentos se insere em um contexto bastante incerto se atentos à pandemia do COVID-19 e as políticas do Governo Federal que acentuam ainda mais as desigualdades sociais no país, situação essa que impossibilita trazer dados conclusivos sobre o PIX pelas incertezas político-econômicas do país e, sobretudo, por se tratar de uma solução que está em operação a pouco tempo.

Dessa forma, o presente estudo não se dá de forma exaustiva, porém, até então, pode-se dizer que a solução de pagamentos se mostra como uma ferramenta de inclusão financeira que se popularizou e ofereceu mais transparência e segurança

para as relações bancárias e, conseqüentemente, as consumeristas.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. Os 70 anos da ONU e a agenda global para o segundo quinquênio (2015-2030) do século XXI. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 32, p. 587-598, 2015.

ARRUDA, Dyego de Oliveira; SANTOS, Caroline Oliveira. As políticas públicas e os corpos subalternizados em tempos de pandemia: reflexões a partir da implementação do auxílio emergencial no Brasil. *Revista de Ciências Sociais da Unisinos*, v. 56, n. 2, p. 143-154. 2020. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2020.56.2.03/60748099. Acesso em: 01 ago. 2021.

AUXÍLIO emergencial de R\$ 600 revela 46 milhões de brasileiros invisíveis aos olhos do governo. *G1 notícias*, 26 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/04/26/auxilio-emergencial-de-r-600-revela-42-milhoes-de-brasileiros-invisiveis-aos-olhos-do-governo.ghtml>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução do Banco Central do Brasil Nº 19 de 1º de outubro de 2020*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=19>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BANCO MUNDIAL. *The Global Findex Database 2017 / Measuring Financial Inclusion and Fintech Revolution*. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29510/2111259ov.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BARBOSA, Roberto Rodrigues. *Fintechs: a atuação das empresas de tecnologia de serviço financeiro no setor bancário e financeiro brasileiro*. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

BERTÃO, Andreia. Número de brasileiros sem conta em banco caiu 73% durante a pandemia, aponta Mastercard. *Valor Investe*, 26 out. 2020. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/produtos/servicos-financeiros/noticia/2020/10/26/numero-de-brasileiros-sem-conta-em-banco-caiu-73percent-durante-a-pandemia-aponta-mastercard.ghtml>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL poupa 2 milhões de árvores com notas fiscais eletrônicas. *Serasa Experian*, 14 jan. 2019. Disponível em: <https://serasa.certificadodigital.com.br/blog/brasil->

poupa-2-milhoes-de-arvores-com-notas-fiscais-eletronicas/. Acesso em: 01 ago. 2021.

Brasil tem 45 milhões de desbancarizados, diz pesquisa. *Época Negócios*, 18 ago. 2019, São Paulo. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com./Brasil/noticia/2019/08/brasil-tem-45-milhoes-de-desbancarizados-diz-pesquisa.html> Acesso em: 01 ago. 2021.

CORREA, S.; ALVES, J. E. D. As Metas de Desenvolvimento do Milênio: grandes limites e oportunidades estreitas. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 22, n. 1, p. 177-189, 2005.

COVID-19 in Brazil: "So what?". *The Lancet Magazine*, Editorial Note, Vol. 395, Issue 10235, p.1461. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31095-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31095-3/fulltext). Acesso em: 01 ago. 2021.

D'AQUINO, Lúcia Souza; MUCELIN, Guilherme. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 129, p. 17-46, 2020.

FOGEL, Sergio. The Pandemic Catalyst: Digital Payments Set To Take Off In Emerging Markets. *Forbes*, 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com./sites/forbesfinancecouncil/2020/09/17/the-pandemic-catalyst-digital-payments-set-to-take-off-in-emerging-markets/?sh=3d415dcb6e90>. Acesso em: 01 ago. 2021.

LEITE, Arthur Henrique Geraldi. A preferência do consumidor entre instituições financeiras tradicionais e fintechs. *Instituto Insper*, 2019.

Maioria dos brasileiros pensa que bancos não entendem seus clientes. Uol Notícias, 19 fev. 2015, São Paulo. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/efe/2015/02/19/maioria-dos-brasileiros-pensa-que-bancos-nao-entendem-seus-clientes.htm>. Acesso em: 01 ago. 2021.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MEIOS de pagamentos digitais aproximam consumidores e empresas na pandemia. *G1 notícias*, 16 jul. 2021, São Paulo. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/especial-publicitario/sebrae-maranhao/empreenda/noticia/2021/07/16/meios-de-pagamentos-digitais-aproximam-consumidores-e-empresas-na-pandemia.ghtml>. Acesso em: 01 ago. 2021.

ONU. UN Environment Programme. *Guidelines for Climate Target Setting for Banks / Guideline One*. 2021.

ONU. Unlocking Public and Private Finance for the Poor. *Financial Inclusion and the SDGs*. Disponível em: <https://www.unCDF.org/financial-inclusion-and-the-sdgs>. Acesso em: 08 nov. 2021.

ONUBR. *Nações Unidas do Brasil*. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/> Acesso em: 6 nov. 2021.

PIKETTY, Thomas. *O capital do século XXI*. Tradução de: Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

REVI, Silvia Regina Ali Zeitoun. *Cláusulas abusivas nos contratos bancários: a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho. São Paulo, p. 129. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2527/2/Silvia%20Regina%20Ali%20Zeitoun%20Revi.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ZANETONI, Jaqueline de Paula Leite; VITA, Jonathan Barros. Inclusão financeira, inovação e promoção ao desenvolvimento social e econômico através do pix. *Revista Jurídica - Unicuritiba*, v. 4, n. 61, p. 127, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4549/371372721>. Acesso em: 01 ago. 2021.

SCHIOZER, Rafael. O PIX e o novo cenário competitivo no mercado de pagamentos. *Portal FGV*, São Paulo, 13 out. 2020. Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/pix-e-novo-cenario-competitivo-mercado-pagamentos>. Acesso em: 08 nov. 2021.

SILVA. Enid Rocha Andrade; PELIANO, Anna; CHAVES, Jose. *AGENDA 2030 - ODS? Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4441430/mod_resource/content/1/Silva_2015_Os%20objetivos%20do%20Desenvolvimento%20Sustentavel%20e%20Desafios%20da%20Nacao.pdf. Acesso em: 6 nov. 2021.

SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. Defesa da Concorrência e bem-Estar do Consumidor, de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 108, p. 668, 2016.

10. IMPACTOS DO TELEMARKETING ATIVO NA VIDA DOS CONSUMIDORES A PARTIR DE PESQUISA EMPÍRICA COM 733 USUÁRIOS EM AGOSTO DE 2021



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-10>

Fabiana Prietos Peres¹

Joaquim Pessoa Guerra Filho²

Felipe de Alcântara Silva Estima³

RESUMO

O estudo recai sobre a apresentação dos resultados da pesquisa de monitoramento de serviço de telemarketing ativo realizada em agosto de 2021, pela Comissão de Defesa do Consumidor da OAB Pernambuco. A metodologia para coleta de dados foi a aplicação de formulário com perguntas que tinham por objetivo traçar o perfil do consumidor e das ligações realizadas, bem como identificar os níveis de perturbação e interrupção em suas atividades por ele sofrido em razão de tal prática comercial. Os resultados obtidos indicam um aumento exponencial da insatisfação do consumidor com essa prática comercial, atingindo média superior a 80% de perturbação.

Palavras-chave: publicidade abusiva; telemarketing ativo; pesquisa empírica

¹ Doutoranda em Direito (UNICAP). Mestre em Direito (UFRGS). Especialista em Direito do Consumidor (UFRGS) e em Droit Comparé et Européen des contrats et de la consommation (SAVOIE). Advogada. Membro Colaboradora da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE. E-mail: fabianaprietosperes@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4740324679843928>. Orcid: 0000-0002-2610-0662.

² Advogado, Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE e em Direito Público pela Universidade de Pernambuco-UPE, Pós-graduando em Direito Médico e Saúde Suplementar pelo Instituto Luiz Mário Moutinho-ILMM. Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/PE (Gestão 2019-2021 e atual). Assessor Jurídico Chefe do Conselho Regional de Medicina de Pernambuco – CREMEPE e titular do escritório Joaquim Guerra Sociedade de Advocacia. E-mail: joaquim@joaquimguerra.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3817301965966602>. Orcid: 0000-0002-9184-0421.

³ Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduado em Direito e Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia de Pernambuco (ESA). E-mail: felipe@estimaebarbosa.adv.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0924603533307595>. Orcid: 0000-0002-5549-7558.

ABSTRACT

The study focuses on the presentation of the results of the survey on the monitoring of active telemarketing services carried out in August 2021, by the Consumer Defense Commission of the OAB Pernambuco. The methodology for data collection was the application of a form with questions that aimed to trace the profile of the consumer and the calls made, as well as identify the levels of disturbance and interruption in his activities suffered by him as a result of such commercial practice. The results obtained indicate an exponential increase in consumer dissatisfaction with this commercial practice, reaching an average of over 80% of disturbance.

Keywords: abusive advertising; active telemarketing; empirical research

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Telemarketing ativo ao consumidor no Brasil; 2.1. A evolução do telemarketing ativo e sua regulação; 2.2. Vulnerabilidade do consumidor perante o telemarketing ativo; 3. A pesquisa de monitoramento de serviços de telemarketing ativo; 3.1 Perfil dos consumidores; 3.2 Perfil das ligações recebidas de números desconhecidos; 3.3 O impacto das ligações de números desconhecidos na vida dos consumidores; 4. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Seccional de Pernambuco da Ordem dos Advogados do Brasil, por sua Comissão de Defesa do Consumidor, realizou, no mês de agosto de 2021, pesquisa de monitoramento de serviço de telemarketing ativo, em que a empresa contata o consumidor por meio de centrais de *call center*, com o objetivo de investigar a influência das ligações de números desconhecidos de telemarketing no bem-estar do consumidor.

Essa pesquisa foi desenvolvida por um grupo de trabalho (GT) formado por advogados regularmente inscritos na referida seccional e integrantes da Comissão de Defesa do Consumidor, sob a coordenação dos articulistas, que, atentos aos

reclamos sociais, sendo quase que a totalidade desses membros também vítimas da aludida prática, decidiram iniciar um estudo acerca de seu impacto na vida dos consumidores.

Em tratativas preliminares com órgãos locais de defesa do consumidor, verificou-se a grande dificuldade de materialização dessa prática como abusiva e a correlação desta com danos sofridos pelos consumidores, razão pela qual surgiu o problema que se pretende responder com a presente pesquisa empírica, consistente na verificação dos impactos do telemarketing ativo na vida dos consumidores. Tem-se como objetivo, portanto, a exposição e análise mediante correlação das respostas do formulário elaborado pelo Grupo de Trabalho no âmbito da Comissão de Defesa do Consumidor da OABPE.

A metodologia utilizada teve como base a aplicação de formulário visando verificar: o perfil do consumidor (idade, gênero, moradia, renda, ocupação), se ele recebia ligações de números desconhecidos, sua quantitativa semanal e diária, traçar um perfil das ligações realizadas a partir dos tipos de empresas que realizavam essas ligações, os serviços ou produtos oferecidos, o tipo de ligação que era realizada (se havia de fato algum atendente efetuando a ligação ou era efetuadas por robôs) e qual eram as indagações mais habituais. Em uma segunda parte, foi perguntado ao consumidor, mediante escala *likert*, o nível de interrupção e perturbação dessas ligações em diferentes setores de sua vida (pessoal, amorosa, familiar, profissional), possibilitando-se verificar quais consumidores são mais impactados pelo telemarketing ativo e aqueles que se sentem mais perturbados.

Com isso, busca-se apresentar "informações de como o material empírico dialoga com a teoria"⁴. O estudo ora apresentado se divide em três partes: primeiramente realizando uma apresentação e justificativa do problema, partindo então para a apresentação dos dados coletados e a análise das principais correlações realizadas.

O presente ensaio, portanto, tem por objetivo apresentar os dados obtidos quantitativamente e verificar o grau de impacto da prática de telemarketing ativo na

⁴ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; VILAROUCA, Márcio Grijó. Como devo fazer entrevistas? In: FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 278.

vida dos consumidores a partir dos questionamentos realizados nos formulários por eles respondidos.

2 TELEMARKETING ATIVO AO CONSUMIDOR NO BRASIL

A popularização dos meios de comunicação no século XX possibilitaram que as empresas estivessem ainda mais próximas dos consumidores, havendo uma potencialização do uso de periféricos individuais, como os telefones celulares. Conforme pesquisa realizada pelo Kantar IBOPE⁵, em 2019 o tempo diário médio do brasileiro no uso da televisão era de 6h17min por dia, havendo um crescimento de 34 minutos desde 2015.

Esse nível de entretenimento não é utilizado somente a partir de aparelhos de televisão mas também pela internet, por meio de celulares, os quais são utilizados com essa finalidade para 88,4% da população, conforme pesquisa do IBGE⁶.

Há uma simbiose da população adulta com aparelhos eletrônicos, estando em sua companhia muitas vezes desde o sono, durante as refeições e até na realização de atividades mais íntimas.

Desse modo, se até poucos anos o oferecimento de serviços era realizado quando o consumidor se colocava minimamente à disposição daquela abordagem, ao assistir programas de televisão ou ouvir rádio, consciente de que teriam comerciais com ofertas de produtos e serviços, nos dias atuais o contato a oferta aos consumidores é, por um lado, muito mais sutil, como na apresentação de banners durante a navegação na rede mundial de computadores, ocasião em que o consumidor também está consciente e preparado para receber o estímulo.

No entanto, essa publicidade pode ser também ser mais agressiva e perturbadora, quando obriga o consumidor a ceder sua atenção e interromper alguma atividade cotidiana para atender ligações cuja origem desconhece e que, em

⁵ INSIDE TV: Experiência, influência e as novas dimensões do vídeo. *Kantar IBOPE Media*, 2020. Disponível em: https://www.kantaribopemedia.com/wp-content/uploads/2020/03/Kantar-IBOPE-Media_Inside-TV_2020-1.pdf. Acesso em: 30 dez. 2021.

⁶ IBGE EDUCA. *Uso de internet, televisão e celular no Brasil*. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>. Acesso em: 30 dez. 2021.

muitos casos, se trata de telemarketing.

Hector Valverde, ao tratar da insistência com que os consumidores são abordados diretamente pelo meio telefônico ou eletrônico equipara a prática comercial à invasão de meio íntimo do consumidor: "ainda que [...] não signifiquem uma invasão material do domicílio, eles podem expressar uma invasão ideal, visto que, em muitos casos, os fornecedores entram em contato direto e insistente com o consumidor de modo tão perturbador quanto o presencial"⁷.

Em 2009, pesquisa realizada pelo setor do marketing, já indicava que 65,87% dos consumidores "não gostavam desse tipo de abordagem de comunicação", sendo a ferramenta classificada pelos consumidores, naquela ocasião, como invasão de privacidade para ¼ dos entrevistados⁸.

Esse cenário foi fortemente intensificado, como será apresentado, chegando a graus de perturbação no cotidiano dos consumidores em patamares inaceitáveis na sociedade de consumo.

2.1. A evolução do telemarketing ativo e sua regulação

O telemarketing ativo foi originalmente idealizado para "aferição da qualidade, por intermédio de pesquisas de mercado destinadas à avaliação do clientes quanto ao produto ou atendimento"⁹. No entanto, atualmente o telemarketing possui caráter mais abrangente, englobando vieses de publicidade, de modo que, conforme ressalta Lúcia D'Aquino, é "mais do que um fenômeno econômico ou social, ela se tornou um fenômeno jurídico"¹⁰.

Com toda evolução do mercado de consumo e base constitucional expressa nos artigos 5º, XXXII e 170, V da Constituição Federal de 1988 e, por meio do disposto

⁷ SANTANA, Héctor Valverde; CHERMAN, Yuri César. Publicidade invasiva: ofensa a direitos da personalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 112. ano 26. p. 177-199, jul.-ago. 2017.

⁸ MONDO, Tiago Savi; COSTA, Jane Iara Pereira da; SANTOS, Aline Regina dos. O telemarketing ativo na perspectiva do consumidor. *REMark -Revista Brasileira de Marketing*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 98-115, jul./dez. 2009. p. 109.

⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. Serviços de teleatendimento, aspectos jurídicos materiais e processuais controvertidos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75, n. 4, p. 25-42, out./dez. 2009. p. 25.

¹⁰ D'Aquino. Lucia Souza. *Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 81.

no artigo 48 do ADCT da Carta Magna, o legislador determinou a edição do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC), o que se deu por meio da Lei nº 8.078/1990, como leciona Cláudia Lima Marques, “veio para mudar o mercado brasileiro, para dar maior qualidade nas relações privadas com ênfase à proteção dos mais vulneráveis nas relações econômicas”¹¹.

Assim, com o advento do Código de Defesa do Consumidor foram trazidas inovações que até hoje influenciam a forma de operação do telemarketing ativo, garantindo que os direitos do consumidor sejam respeitados. Além disso, em 31 de julho de 2008 foram fixadas normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC por telefone (telemarketing passivo), no âmbito dos fornecedores de serviços regulados pelo Poder Público federal, com vistas à observância dos direitos básicos do consumidor de obter informação adequada e clara sobre os serviços que contratar e de manter-se protegido contra práticas abusivas ou ilegais impostas no fornecimento desses serviços, através do Decreto nº 6.523.

As normas de proteção ao consumidor objetivam, conforme destaca Vinicius Calado, que ele tenha o “direito de não ser ludibriado por “jogadas” de marketing (art. 37) ou por imposições de situações desagradáveis”¹². Isso porque, conforme leciona Lucia Ancona Lopes, “embora o Código de Defesa do Consumidor tenha dado maior ênfase à publicidade devido à sua importância para o marketing, é certo também cuidou de proteger o consumidor e o mercado como um todo contra qualquer prática mercadológica desleal, abusiva ou enganosa”¹³.

De outro norte, relativamente ao telemarketing ativo, em 25 de março de 2019 foi apresentada Carta-Compromisso para a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL assinada pelos prestadores Algar, Claro, Oi, Nextel, Sercomtel, Sky, TIM e Vivo apresentando Código de Conduta para Ofertas de Serviços de Telecomunicações por meio de Telemarketing.

O documento autonormativo 01/2019 trata-se da primeira iniciativa do setor para autorregulação do telemarketing ativo, o que não se sobrepõe ao cumprimento

¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 61.

¹² CALADO, Vinicius. *Direito do Consumidor*. 3. ed. Recife: FASA, 2021. p. 58.

¹³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 24-25.

da legislação e da regulamentação vigente, que devem ser pautados nos princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor e pela Lei Geral de Proteção de Dados.

2.2. Vulnerabilidade do consumidor perante o telemarketing ativo

A vulnerabilidade remete ao estado daquele que está sujeito a ser atacado. No direito, é o princípio no qual o sistema jurídico brasileiro reconhece a qualidade do agente mais fraco na relação e está prevista no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

Destaca Leonardo Bessa que “o mercado de consumo, principalmente em sua atual conformação massificada, enseja, sob diversos enfoques, potencial e constante ofensa a interesses materiais e existenciais do consumidor”¹⁴.

Nesse sentir, a massificação da sociedade de consumo também transformou o mercado no tocante ao telemarketing. Se até alguns anos havia um objetivo definido nos contatos realizados, a partir de autorizações prévias dos consumidores, as ligações se tornaram aleatórias – em lógica inversa à internet das coisas¹⁵, a qual direciona ao consumidor aquilo que ele de fato possui interesse e otimiza os processos de escolha.

São oferecidos serviços de telecomunicações e bancários, por exemplo, para consumidores que não demonstraram prévio interesse em contratá-los, tão somente em razão de vazamento de dados¹⁶ que indicam sua capacidade aquisitiva para a aquisição da oferta ou a prévia contratação de serviço congênere na concorrência.

A vulnerabilidade do consumidor, além dos conceitos clássicos já amplamente conhecidos, ganha relevo também pelo fato de a abordagem ser realizada em momentos em que ele não está preparado para atender às ofertas realizadas, podendo agir por impulso diante das promoções que são realizadas,

¹⁴ ZABAN, Breno; BESSA, Leonardo Roscoe. Vulnerabilidade do Consumidor: estudo empírico sobre a capacidade de tomada de decisões financeiras por interessados na compra de imóveis. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101. Ano 24. P. 209-237, set./out. 2015. p. 212.

¹⁵ Cf: ZUIN, Vânia Gomes; ZUIN, Antônio Álvaro Soares. A indústria cultural algorítmica na era da Internet das Coisas. *Educação e Filosofia*, Uberlândia, v. 32,n. 66, p. 1131-1156, set./dez. 2018.

¹⁶ Cf: IDEC. *Após denúncia do Idec, INSS admite vazamento de dados de aposentados*. 11 abr. 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/apos-denuncia-do-idec-inss-admite-vazamento-de-dados-de-aposentados>. Acesso em: 30 dez. 2021.

tendo em vista que essa prática “exerce grande influência no comportamento do consumidor e incentiva o consumo”¹⁷.

Nesse cenário, a aplicação do questionário buscou identificar o perfil do consumidor que recebe ligações de números desconhecidos, a frequência, tipos de ligações que são realizadas e serviços que são oferecidos, bem como o tratamento dispensado aos consumidores quando o contato é efetivado. Por conseguinte, coletou-se dados também relativos ao bem-estar do consumidor, com perguntas relativas ao grau de interrupção, perturbação e ansiedade que essa prática comercial impacta a vida dos consumidores.

3 A PESQUISA DE MONITORAMENTO DE SERVIÇOS DE TELEMARKETING ATIVO

A pesquisa de monitoramento de serviços surgiu para investigar a prática de ligações de números desconhecidos para os consumidores e tem como objetivo verificar a influência dessas ligações no bem-estar do consumidor e buscar compreender em que grau essa prática comercial impacta a vida dos consumidores, na medida em que alcança um número indeterminado de consumidores.

A análise dos dados foi realizada utilizando-se a planilha Google, vinculada as respostas emitidas no formulário. Os conteúdos das respostas foram quantificados seguindo-se o cálculo dos percentuais de frequência de ocorrência. As perguntas abertas foram analisadas segundo a metodologia de Bardin (2011), onde as respostas foram lidas, codificadas e categorizadas. Resumos gráficos das respostas foram construídos utilizando-se recursos como nuvem de palavras e *sunburst charts*. Para verificar diferenças significativas nos níveis de incômodo dos participantes, de acordo com sua a empresa originária da ligação e âmbito da vida, foi conduzido o teste Kruskal-Wallis, uma vez que o conjunto de dados não atendeu ao critério de homocedasticidade medido através do teste de Bartlett. Todas as análises foram realizadas no software R (R Core Team, 2021) utilizando os pacotes FSA (Ogle et al., 2021), ggplot2 (Wickham, 2016), dplyr (Wickham et al., 2021), readr

¹⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 25.

(Wickham & Hester, 2021), tm (Feiner & Hornik, 2020), snowballc (Bouchet-Valat, 2020), wesanderson (Ram & Wickham, 2018) e wordcloud (Fellows, 2018).

3.1 Perfil dos consumidores

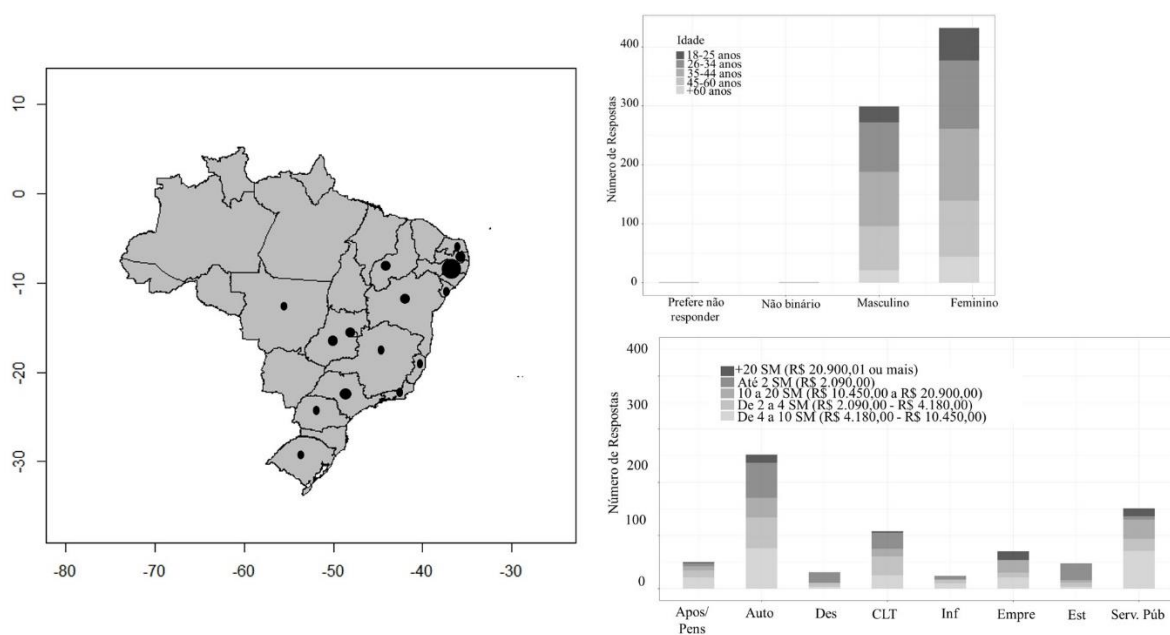
O formulário elaborado teve a participação de 733 pessoas, residentes em 17 Estados brasileiros, destacando-se a participação de respondentes do Estado de Pernambuco, correspondendo a 94,5% dos participantes:

Estado	Nº respostas	Frequência (%)
AL	1	0.1
BA	3	0.4
DF	3	0.4
CE	7	1.0
PB	3	0.4
GO	3	0.4
ES	1	0.1
MG	1	0.1
MT	1	0.1
PI	2	0.3
PR	4	0.5
RN	1	0.1
RJ	1	0.1
RS	1	0.1
SE	1	0.1
SP	5	0.7
PE	695	94.8

Legenda: Distribuição dos locais de residência dos respondentes da pesquisa (Fonte: autores)

Também foram coletados dados visando identificar o perfil desses consumidores, sendo 58,9% mulheres e 40,8% homens, 11,2% de consumidores com idade entre 18 e 25 anos, 27,6% entre 26 e 34 anos, 29,2% entre 35 e 44 anos, 23,2% entre 45 e 60 anos e 8,9% acima de 60 anos. Relativamente ao estado civil, 39% dos respondentes se declararam como solteiros, 42% casados, 8,3% em união estável, 9,7% divorciados e 1% viúvos. Quanto à escolaridade, 53,6% possuíam pós-graduação, 36,7% ensino superior, 9% o ensino médio e 0,7% o ensino fundamental.

No que diz respeito à renda, 22,6% possuem renda mensal de até 2 salários-mínimos, 22% entre 2 a 4 salários-mínimos, 31,7% entre 4 e 10 salários-mínimos, 16,6% entre 10 e 20 salários-mínimos e 7,1% acima de 20 salários-mínimos. Por fim, relativamente à ocupação, 34,4% dos entrevistados se autodeclararam autônomos, 20,6% servidores públicos, 9,5% empresários, 14,7% estudantes, 6,8% aposentados ou pensionistas, 4,2% desempregados e 3,3% empregados informais:



3.2 Perfil das ligações recebidas de números desconhecidos

No segundo momento da pesquisa, buscou-se verificar a relação dos consumidores com o telemarketing ativo. Questionados se recebiam ligações de números desconhecidos, 99,3% respondeu afirmativamente, ainda que 30,6% tenham afirmado possui cadastro para bloqueio de telemarketing, 20,3% não terem certeza e 49% não possuírem o cadastro. As ligações foram realizadas 45,5% exclusivamente no telefone celular, 1,5% apenas no telefone fixo e 53% das vezes para ambos os aparelhos.

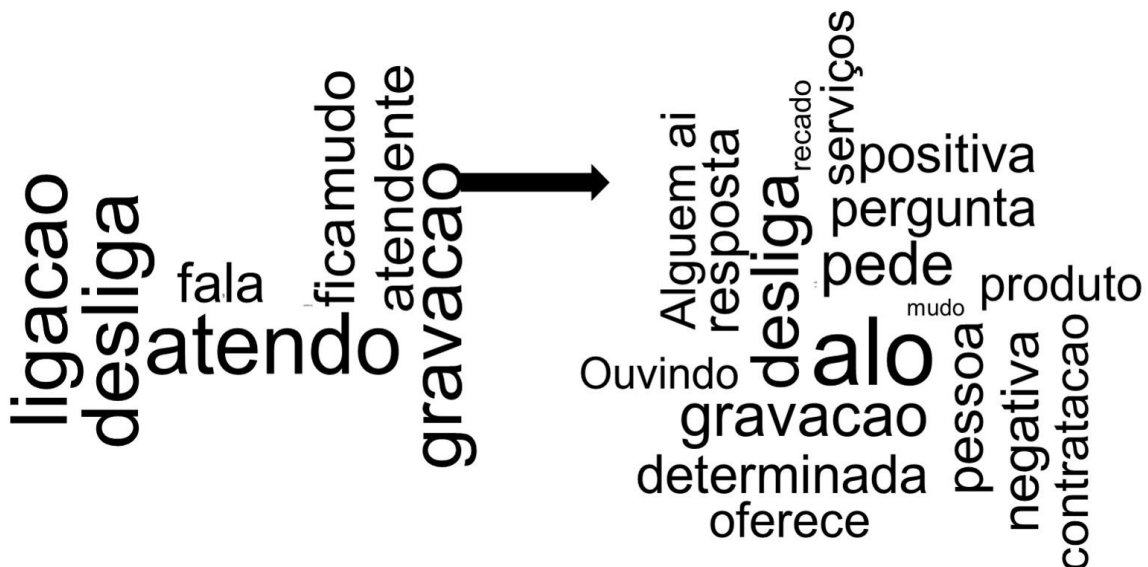
Quanto aos tipos de ligações, 73,1% dos consumidores declararam que recebem ligações em todos os horários, exceto durante a madrugada. 15,9% informaram que as ligações ocorrem durante a manhã (6h às 12h), 19% durante a

tarde (12h às 18h) e 9,5% no período noturno, das 18h à meia-noite, e apenas 1,1% disse receber ligações durante a madrugada. Ainda, 11,8% disseram que as ligações de números desconhecidos acontecem em todos os horários.

Relativamente aos dias em que as ligações são efetuadas, 66,5% dos consumidores relataram recebe-las em todos os dias da semana, enquanto 33,4% dissertam que recebem ligações de telemarketing ativo apenas em dias da semana.

Foi também questionado o tipo de mensagem que os consumidores costumam ouvir ao receber as ligações, ganhando relevo as gravações, em 63,7% dos casos, a ligação fica silenciosa para 48,2%, apenas desliga em ligações recebidas por 69,5% dos consumidores e para 47% dos consumidores há um contato humano para o oferecimento de produtos ou serviços.

As gravações, que tiveram percentual de 63,7% de incidência, tiveram destaque para as seguintes mensagens: "alô", e desliga (38,3%), "alô, tá me ouvindo" (42,1%), pergunta se é determinada pessoa e pede uma resposta positiva ou negativa (52,8%), oferece a contratação de algum produto ou serviço (47,1%) e a gravação dá um recado e pede retorno em algum número indicado (8,4%):



Nuvem de palavras sobre o percurso entre o que o consumidor escuta ao receber a ligação e a dinâmica que ocorre quando há gravação ou contato humano.

Relativamente à frequência das ligações, 56,7% recebem chamadas todos os dias, 30,8% entre 3 a 5 vezes por semana, 11,3 entre 1 a 3 vezes por semana e 1,2%

recebe apenas uma ligação por semana. Quanto à frequência diária, 43,3% dos consumidores relataram receber entre 1 a 5 chamadas por dia, 30,1% entre 5 a 10 chamadas, 15,8% entre 10 e 20 chamadas, 6,9% acima de vinte ligações em um mesmo dia e apenas 4% recebem até uma chamada por dia.

A natureza das ligações apresentou as seguintes variações: 71,8% oferecimento de serviços de telecomunicações (celular, telefone e internet), 36% oferta de tv por assinatura, 33,8% de cartão de crédito, 29,3% oferecimento de linhas de crédito consignado, 32% cobrança de dívidas desconhecidas, 16,1% cobrança de dívidas existentes, 17% não souberam identificar e 3,8% venda de imóveis.

Sobre a identificação das empresas, em 59,6% dos casos se tratavam de bancos ou financeiras, 72,1% companhias telefônicas, 6,7% planos de saúde, 9,9% seguradoras, 6,6% serviços educacionais e 21,8% não souberam informar.

3.3 O impacto das ligações de números desconhecidos na vida dos consumidores

Por fim, buscou-se verificar o impacto dessas ligações na vida dos consumidores, questionando-os em uma escala de 1 a 5, onde 1 significa nenhuma perturbação e 5 extremamente perturbados, o quanto as ligações de números desconhecidos impactam em suas vidas. Para tanto, indicaremos os percentuais de respostas de nível 5, ou seja, máxima perturbação: vida pessoal (84,2%), vida profissional (80,9%), vida social (74,5%), vida amorosa (53%).

Da análise dos dados, correlaciona-se o fato de apenas 53% dos consumidores se sentirem perturbados em sua vida amorosa com o percentual de solteiros que responderam o questionário (39%). Outro dado de correlação também foi com relação à frequência do horário das ligações, sendo 40% apenas nos turnos da manhã ou tarde, com reflexo no número mais baixo (74,5%) de consumidores que se sentem perturbados em sua vida social.

Outros pontos de impactos questionados tiveram relação com o grau de interrupção que as ligações de número desconhecidos, em grande maioria de telemarketing, ocasiona na vida dos consumidores. 78,7% dos consumidores afirmaram que já tiveram de parar de fazer atividades de lazer para atender ligações de números desconhecidos, 78,4% ao ter de atender ligações de números

desconhecidos, já perderam a concentração durante os estudos, 74,3% tiveram reuniões ou atividades profissionais interrompidas.

Ainda, 72,9% dos consumidores não imaginavam que, ao atender as ligações, se tratava de telemarketing, 52,6% se disseram ansiosos ao perceber ligações de números desconhecidos em seu telefone.

Relativamente ao grau de segurança dos contatos telefônicos, 86,3% dos consumidores informaram não se sentirem seguros para contratar produtos ou adquirir serviços que chegam até eles por meio de ligações de números desconhecidos.

Ainda, 56,2% dos consumidores relataram já terem realizados reclamações a respeito das ligações de números desconhecidos, porém em apenas 3,9% dos casos as ligações foram interrompidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, os dados apresentados indicam um exponencial crescimento da insatisfação do consumidor com a prática comercial de telemarketing ativo, a qual é obrigado a conviver cotidianamente.

A análise aqui apresenta tem como escopo a formação de subsídios para estudos mais profundos para o combate aos abusos que vem sendo praticados, em que, em média, mais de 80% dos consumidores se sentem perturbados em suas atividades diárias pelas ligações de números desconhecidos.

As práticas comerciais devem ser pautadas pela boa-fé e cooperação, e essa última também diz respeito ao bem-estar do consumidor. Embora inexistam normas jurídicas que estabeleçam limites precisos para a atuação dessa atividade, o Código de Defesa do Consumidor é o instrumento normativo mais adequado para ser aplicado, o qual possui princípios e regras gerais que podem e devem ser interpretados em favor do consumidor.

A atuação dos Sistema Nacional de Defesa do Consumidor deve estar atento a essa atividade, ao fim de resguardar o bem-estar do consumidor. Embora existam projetos de lei e mesmos iniciativas privadas e tentativas de regulação, essas também tem de ser obrigar as próprias empresas a se responsabilizar em respeitar

limites mínimos – como aqueles estabelecidos no Código de Conduta das Telecom e que, conforme se verifica do presente estudo, não vem sendo cumpridos.

A precaução dos danos sofridos pelos consumidores com o grande contingente de ligações que tem de manejar diariamente não pode ser transferida a ele e sim ser uma obrigação das empresas. Se há tecnologia e inteligência artificial suficiente para identificar as preferências de consumo dos consumidores, também deve ser possível, em termos de cooperação, a limitação das ligações antes mesmos de elas chegarem aos consumidores.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.

BELMONTE, Alexandre Agra. Serviços de teleatendimento, aspectos jurídicos materiais e processuais controvertidos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75, n. 4, p. 25-42, out./dez. 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BOUCHET-VALAT, Milan. *SnowballC: Snowball Stemmers Based on the C 'libstemmer' UTF-8 Library*. R package version 0.7.0. 2020. Disponível em: <https://CRAN.R-project.org/package=SnowballC>. Acesso em: 30 dez. 2021.

CALADO, Vinicius. *Direito do Consumidor*. 3. ed. Recife: Fasa, 2021.

D'Aquino. Lucia Souza. *Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FEINERER, I., HORNIK, K. (2020). *tm: Text Mining Package*. R package version 0.7-8. Disponível em: <https://CRAN.R-project.org/package=tm>. Acesso em: 30 dez. 2021.

FELLOWS, I. (2018). *wordcloud: Word Clouds*. R package version 2.6. Disponível em: <https://CRAN.R-project.org/package=wordcloud>. Acesso em: 30 dez. 2021.

IBGE EDUCA. *Uso de internet, televisão e celular no Brasil*. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>. Acesso em: 30 dez. 2021.

IDEC. *Após denúncia do Idec, INSS admite vazamento de dados de aposentados*. 11 abr. 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/apos-denuncia-do-idec-inss-admite-vazamento-de-dados-de-aposentados>. Acesso em: 30 dez. 2021.

INSIDE TV: Experiência, influência e as novas dimensões do vídeo. *Kantar IBOPE Media*, 2020. Disponível em: https://www.kantaribopemedia.com/wp-content/uploads/2020/03/Kantar-IBOPE-Media_Inside-TV_2020-1.pdf. Acesso em: 30 dez. 2021.

MONDO, Tiago Savi; COSTA, Jane Iara Pereira da; SANTOS, Aline Regina dos. O telemarketing ativo na perspectiva do consumidor. *REMark -Revista Brasileira de Marketing*, São Paulo, v. 8, n. 2, p 98-115, jul./dez. 2009.

OGLE, D.H., DOLL, J.C., WHEELER, P., DINNO, A. (2021). *FSA: Fisheries Stock Analysis*. R package version 0.9.1. Disponível em: <https://github.com/droglenc/FSA>. Acesso em: 30 dez. 2021.

R CORE TEAM (2021). *R: A language and environment for statistical computing*. R Foundation for Statistical Computing, Vienna, Austria, 2021. Disponível em: <https://www.R-project.org/>. Acesso em: 30 dez. 2021.

RAM, K., WICKHAM, H. (2018). *wesanderson: A Wes Anderson Palette Generator*. R package version 0.3.6. Disponível em: <https://CRAN.R-project.org/package=wesanderson>. Acesso em: 30 dez. 2021.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; VILAROUCA, Márcio Grijó. Como devo fazer entrevistas?. In: FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTANA, Héctor Valverde; CHERMAN, Yuri César. Publicidade invasiva: ofensa a direitos da personalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 112, ano 26. p. 177-199. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2017.

WICKHAM, H. *ggplot2: Elegant Graphics for Data Analysis*. Springer-Verlag New York, 2016.

WICKHAM, H., FRANÇOIS, R., HENRY, L., MÜLLER, K. (2021). *dplyr: A Grammar of Data Manipulation*. R package version 1.0.6. <https://CRAN.R-project.org/package=dplyr>. Acesso em: 30 dez. 2021.

ZABAN, Breno; BESSA, Leonardo Roscoe. Vulnerabilidade do Consumidor: estudo empírico sobre a capacidade de tomada de decisões financeiras por interessados na compra de imóveis. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101. Ano 24. P. 209-237, set./out. 2015.

ZUIN, Vânia Gomes; ZUIN, Antônio Álvaro Soares. A indústria cultural algorítmica na era da Internet das Coisas. *Educação e Filosofia*, Uberlândia, v. 32, n. 66, p. 1131-1156, set./dez. 2018.

11. EFEITOS DO HIPERCONSUMO AO MEIO ECOLÓGICO: A ECOLOGIZAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR¹



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-11>

Ana Carolina Dias dos Santos²

Carolina Medeiros Bahia³

Guilherme Domingos Wodtke⁴

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar brevemente a relação entre as atividades de consumo com a crise ecológica enfrentada mundialmente, sob a perspectiva de submeter o enfrentamento da crise ambiental à uma abordagem ecologizada do direito. Para tal fim, será abordado o advento do hiperconsumo e a Sociedade de Risco próprios da contemporaneidade. Em sequência, será analisada a teoria da ecologização do Direito e sua repercussão no tocante às relações de consumo. O método de pesquisa utilizado foi o indutivo conjugado às técnicas de pesquisa bibliográfica e legislativa. Por fim, conclui-se que há relação intrínseca entre os efeitos do hiperconsumo e a crise ecológica que dá origem à fase geológica do Antropoceno, sendo a Ecologização do Direito teoria que aborda métodos de lidar com os fenômenos naturais a partir dos processos ecológicos, como forma alternativa aos métodos tradicionais de Direito Ambiental que mostraram-se insuficientes até então.

Palavras-chave: Hiperconsumo. Sociedade de Risco. Ecologização. Direito do Consumidor.

¹ Versão que será publicada na Revista de Direito do Consumidor, vol. 143/2022 (prelo).

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: ana@anadiasadvocacia.com.

³ Doutora em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: carolmbahia@hotmail.com

⁴ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS e em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. E-mail: guilhermedgw@gmail.com

ABSTRACT

This article aims to briefly analyze the relationship between consumption activities and the ecological crisis faced worldwide, from the perspective of submitting the confrontation of the environmental crisis to an ecologized approach to law. To this end, the advent of hyperconsumption and the Risk Society inherent in contemporaneity will be addressed. Next, the theory of the greening of Law and its impact on consumer relations will be analyzed. The research method used was inductive combined with bibliographic and legislative research techniques. Finally, it is concluded that there is an intrinsic relationship between the effects of hyperconsumption and the ecological crisis that gives rise to the geological phase of the Anthropocene, and the Ecologization of Law is a theory that addresses methods of dealing with natural phenomena from ecological processes, such as alternative form to the traditional methods of Environmental Law that have proved to be insufficient until then.

Keywords: Hyperconsumption. Risk Society. Greening. Consumer Law.

SUMÁRIO

1 Introdução; 2. O advento do hiperconsumo; 3. Do consumo a sociedade de risco; 4. A ecologização sobre o direito do consumidor; 4.1. Direito ecologizado; 4.2. Consumo e ecologização; 5. Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Apesar das alterações naturais em relação a radiação solar e os movimentos da órbita terrestre, os seres humanos são os grandes responsáveis pelas mudanças climáticas. O uso de combustíveis fósseis provocou a concentração de CO₂, metano e óxido nitroso na atmosfera do planeta que reflete no aumento da temperatura terrestre.

Os efeitos no ecossistema da Terra podem ser facilmente constados quando analisamos os oceanos que absorvem parte do calor gerado pela ação do homem, contribuindo para o derretimento das calotas polares e elevando o nível do mar. A biodiversidade marinha é comprometida, bem como todos aqueles que vivem em regiões litorâneas, inclusive os próprios seres humanos. Nesse sentido, os desastres naturais alteram a vida nas cidades e vilarejos forçando novos fluxos migratórios no âmbito nacional e internacional.

O reconhecimento da emergência climática foi a base para a viabilidade do Acordo de Paris, tratado internacional responsável pela redução do aquecimento global. No documento, destaca-se a promoção da sustentabilidade combinada com o desenvolvimento social, econômico e ambiental. Assim, a presente pesquisa busca analisar o diálogo entre a proteção do consumidor e os anseios da comunidade internacional por um Direito que também aborde as questões ecológicas.

Na primeira parte deste artigo, o comportamento dos consumidores é objeto de estudo a partir do fenômeno do hiperconsumo que foi moldado para atender as expectativas dos detentores dos meios de produção e que nos colocou, na concepção de Ulrich Beck, em uma Sociedade de Risco. Por fim, é apresentado o conceito de um Direito Ecologizado e sua repercussão nas relações de consumo.

2 O ADVENTO DO HIPERCONSUMO

O consumismo não é uma exclusividade da sociedade contemporânea, uma vez que a rentável exploração de cana-de-açúcar no continente americano durante o século XVI não servia para atender as necessidades básicas da população. No entanto, diferente da atualidade, o poder de compra era extremamente reservado às elites dominantes, sob forte domínio do patriarcado, detentor da renda e da liberdade de compra de seus familiares⁵. Assim, a democratização do consumo foi uma conquista consolidada apenas nos anos finais do século XX quando a sociedade industrial pauta o seu desenvolvimento econômico pela aquisição de bens e

⁵ BARBOSA, Livia. *Sociedade de Consumo*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2004. p. 18.

serviços⁶, porquanto, com o advento da produção em massa, foi possível a redução dos preços e a obtenção de lucro a partir do consumo em escala.

Agora o consumo para satisfação das necessidades individuais básicas é considerado legítimo, próprio da dignidade da pessoa humana, para que o sujeito seja efetivamente parte da sociedade. Por outro lado, as supérfluas, ainda que dispensáveis, são estimuladas e vinculadas as necessidades de autoestima e status dentro da comunidade. Deste modo, apesar do forte senso de individualidade e liberdade proporcionado pela sociedade contemporânea, as pessoas são instigadas a encontrarem os valores socialmente aceitos por meio do processo de compra⁷.

No entanto, a capacidade de absorção da Terra não acompanha o ritmo de produção, posto que o homem transforma os seus recursos em lixo mais rapidamente do que a natureza consegue transformar os resíduos em novos recursos. Assim, surge diversos problemas ambientais visto que o meio ambiente é usado como fonte de recursos para a produção da subsistência humana e como depósito dos resíduos gerados pela fabricação e consumo desses bens⁸.

Nesse sentido, segundo o filósofo Gilles Lipovetsky, vivemos uma nova modernidade que surgiu a partir da busca pela satisfação de desejos individuais. A vida no presente tomou o lugar de importância das expectativas do futuro e da reverência ao passado. O conforto e o lazer substituíram a importância dada às militâncias políticas e a promoção do bem-estar coletivo.⁹

Os bens de consumo constituem símbolos de status e são colocados no mercado para acalantar as inseguranças humanas por meio da associação de valores sociais como elegância, juventude e masculinidade. Em conjunto com publicidade, e a indústria cultural, são criados sonhos, desejos e fantasias¹⁰ para

⁶ RETONDAR, Anderson Moebus. *Sociedade de consumo, modernidade e globalização*. São Paulo: Annablume; Campina Grande: EDUFCG, 2007. p. 17-18.

⁷ BARBOSA, L.; CAMPBELL, C. O Estudo do Consumo nas Ciências Sociais Contemporâneas. In: BARBOSA, L.; CAMPBELL, C. (Org.). *Cultura, consumo e identidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 37-38.

⁸ JOÃO, Catharine Black Lipp. A sociedade de consumo (in) sustentável e o direito: reflexões sobre os impactos ambientais e o tratamento jurídico da obsolescência programada. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 97, p. 107 – 126, Jan – Mar.

⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do Efêmero*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009. P. 11.

¹⁰ FEATHERSTONE, M. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. São Paulo: Nobel, 1995. p. 48.

fomentar pseudonecessidades que são insaciáveis pelo consumo¹¹. Dessa forma, Zigmunt Bauman afirma que na verdade os membros da sociedade de consumidores também são mercadorias, e é a partir da condição de ser um produto que os torna membros autênticos dessa sociedade¹².

Em sua análise deste fenômeno, Cláudia Lima Marques define o membro desta sociedade pautada no hiperconsumismo como homo economicus et culturalis, porquanto na condição de consumidor ele é um agente econômico ativo no mercado e ao mesmo tempo uma pessoa singular com identidade cultural própria, diferenciada pela cultura de sua nação, seu mercado, sua língua e interesses regionais. Embora seja um sujeito mais ciente de seus direitos e de seu papel na sociedade como um todo, está cada vez menos consciente e racional frente às pressões e tentações do mercado, ou seja, cada vez mais vulnerável frente aos fornecedores. Logo, existe uma visão fortemente econômica do ser humano, ainda que respeite sua cultura e os seus direitos e garantias fundamentais.¹³

Em suma, o consumo invade todos os aspectos da vida cotidiana, se caracterizando pelo rápido crescimento das despesas individuais¹⁴. Valores sociais e culturais são representados por objetos e as necessidades somente são satisfeitas por meio de aquisição de produtos e serviços. A nova estrutura do comércio é pautado na abundância de oferta de mercadorias, elevação da qualidade de vida, culto ao lazer e uma moral mais materialista e hedonista¹⁵. Dessa forma, a sociedade no hiperconsumo é orquestrada na obsolescência dos bens, com marcas mais ou menos cotadas em um processo de produção de "valores signos" da qual sua função é conotar posições, reinscrever diferenças sociais em uma era pseudo igualitária, uma vez que estabelece diferenciação e superdiferenciação social, por meio de práticas consumeristas.¹⁶

¹¹ TAVARES, Leandro Anselmo Todesqui. *A depressão como mal-estar contemporâneo*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. p. 50.

¹² BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008. p. 76.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2019.

¹⁴ BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. 2 ed. Lisboa: Edições 70, 2014. p. 29

¹⁵ LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do Efêmero*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009. p. 135.

¹⁶ LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do Efêmero*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009. p. 146.

3 DO CONSUMO A SOCIEDADE DE RISCO

Após conhecer dos desdobramentos do hiperconsumo, analisa-se conceitos principais do que seria a Sociedade de Risco na forma proposta pelo autor Ulrich Beck em "Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade"¹⁷ em face da problemática abordada.

A Sociedade de Risco exposta por Beck é definida como um advento contemporâneo da sociedade, marcado pela virada da pós-modernidade e início do século XXI, momento em que o autor relata ser o princípio de uma metamorfose social, de Sociedade Industrial no século XIX a Sociedade de Risco no século XXI.

Descreve Beck, que a Sociedade de Risco surge em nova fase da modernidade tardia, em substituição da sociedade industrial clássica, com princípios diferentes, distantes das ideias de progresso, luta de classes e revoluções, pelo contrário, a Sociedade de Risco representa uma fase em que tamanho avanço industrial e tecnológico, supera o progresso industrial clássico, para dar lugar a uma fase de aceitação dos riscos pelo progresso, a ideia de riscos colaterais e desapropriação ecológica, para alcance de progressos além da produtividade industrial, como o desenvolvimento de energia nuclear.

O mencionado "risco" deriva das consequências a que a humanidade passa a expor a si e a outras espécies, além da vida do próprio planeta, citando o autor como exemplo o acidente nuclear ocorrido em Chernobyl, como marco de devastação de qualquer forma de vida devido à exposição de risco na produção de energia nuclear.

São condições que possibilitam a implantação da Sociedade de Risco, a carência material por um grupo ou região isolados, que aceitam expor-se aos riscos para obter alguma fonte de renda material, além de, inverter a lógica industrial do progresso que pode gerar riscos, para riscos que podem resultar em progresso, assim, para alcançar atividades altamente produtivas e lucrativas é necessário aceitar certa exposição a riscos.

Os riscos da contemporaneidade estão ligados a atividades de consumo, através da produtividade e maior potencial de industrialização de itens para

¹⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2010. p. 383.

consumo, assim retratar Beck¹⁸:

A natureza foi subjulgada e explorada no final do século XX e, assim, transformada de fenômeno externo em interno, de fenômeno predeterminado em fabricado. Ao longo de sua transformação tecnológico-industrial e de sua comercialização global, a natureza foi absorvida pelo sistema industrial. Dessa forma, ela se converteu, ao mesmo tempo, em pré-requisito indispensável do modo de vida no sistema industrial. Dependência do consumo e do mercado agora também significam um novo tipo de dependência da "natureza", e essa dependência imanente da "natureza" em relação ao sistema mercantil se converte, no e com o sistema mercantil, em lei do modo de vida na civilização industrial.

Neste contexto, o autor descreve uma fase pós-moderna da sociedade onde ocorrem fenômenos de maior exposição à riscos irreversíveis para a humanidade e para a natureza, com o objetivo de obter os mais variados resultados, do progresso econômico, promover o consumo, a alcançar poder político e de guerra.

Contudo, essa exposição aos riscos, de acordo com Beck¹⁹, não é proporcional em sua distribuição dos efeitos dos riscos e das riquezas obtidas com o resultado, sendo comum que os grupos mais expostos aos riscos sejam os menos favorecidos financeiramente, como os povos que vivem em países de Terceiro Mundo, onde aceita-se a exposição aos riscos – e se carece de leis próprias que impeçam - com a justificativa de através da industrialização conseguir uma fonte de renda e progresso em condições mínimas de existência.

Apesar de ponderar acerca da distribuição dos riscos não ocorrer da mesma forma entre todos os expostos e os criadores dos riscos, reflete que mesmo que de forma tardia e com mais estrutura, o criador dos riscos para os demais tende a receber de volta as consequências do risco criado, o que chama de efeito bumerangue, pois o produzido em algum momento poderá gerar tamanha

¹⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2010. p. 383.

¹⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2010. p. 383.

catástrofe natural que atingirá o criador do risco, ao menos na esfera patrimonial.

Tendo em vista os estudos acerca da sociedade de hiperconsumo, sabe-se que para que ocorra demanda-se a intensificação da produtividade industrial, que atualmente significa em sua maioria na exposição extrema da natureza para obter matérias-primas, fontes de energia, que possam resultar na atividade final de consumo, é neste cenário que se insere a teoria da sociedade de risco contemporânea apontada neste estudo.

4 A ECOLOGIZAÇÃO SOBRE O DIREITO DO CONSUMIDOR

4.1 Direito Ecologizado

Ao analisar as transformações no planeta Terra a partir da Revolução Industrial até o princípio do segundo milênio, Paul Crutzen²⁰ concluiu pelo surgimento de uma nova fase geológica vivida pelo planeta, definindo que a Terra não estaria mais na Era do Holoceno, mas sim, na fase geológica que conceituou como Antropoceno.

Para Crutzen²¹, a partir do final do século XVIII as mudanças no planeta de forma concreta provocadas pelas ações humanas tornaram-se mais evidentes, conotando à humanidade o papel desempenhado na geologia e ecologia, em tamanha proporção de modificação do planeta que deve essa fase ser chamada de Antropoceno, reconhecendo a força geológica da humanidade em seu processo de transformação de depredatório dos recursos da Terra.

Tais modificações de grande impacto ecológico são retratadas com o avanço da humanidade sobre o uso de recursos naturais escassos, não renováveis e não recuperáveis, como forma de expansão da própria espécie e o aumento dos ganhos financeiros que a exploração de recursos pode propiciar, este último advento intrinsecamente ligado às atividades comuns de consumo e hiperconsumo.

²⁰ CRUTZEN, Paul J.. Geology of mankind. *Nature*, v. 415, n. 6867, p. 23-23, jan. 2002. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/415023a>. Acesso em: 31 out. 2021.

²¹ CRUTZEN, Paul J; STOERMER, Eugene F. *Piseagrama*, Belo Horizonte, 06 nov. 2015. Disponível em: <https://piseagrama.org/o-antropoceno>. Acesso em: 31 out. 2021.

Contudo, as mudanças que ensejam a chegada da fase geológica do Antropoceno, representam uma crise ecológica crescente, de acordo com o Manifesto de Oslo²², existem muitas razões para a crise ecológica, entre elas "dinâmica de crescimento econômico, desenvolvimento populacional e consumo excessivo", mas, há uma relação entre a crise ecológica a lei ambiental construída de forma antropocêntrica, utilitária, individual e dualista.

O Manifesto de Oslo expressa sem entrelinhas a necessidade de mudanças legais no tratamento dos meios ecológicas, como jamais realizado em qualquer sistema jurídico, através da abordagem ecológica a "lei é baseada no ecocentrismo, holismo e justiça intra/intergeracional e interespecies", a fim de que nesta perspectiva se reconheça a interdependência ecológica entre os seres, para além das vontades humanas individuais que produzem danos de ordem coletiva ao meio ecológico.

Para Ana Marchesan²³, a própria Constituição Federal de 1988 possui um viés ecocêntrico neste sentido, pois no artigo 225 da CRFB/1988 há indícios do rompimento tradicional de fragmentação do direito no campo ambiental, ao inserir o dever de preservar os processos ecológicos o texto constitucional reconhece a existência de um processo ecológico ao todo e não somente institutos de direito fragmentados que podem ser protegidos ou não, conforme a vontade e o interesse econômico de determinado grupo.

Logo, reconhecer a existência de um processo ecológico e o dever com sua preservação é parte de uma abordagem ecológica do Direito, para além dos interesses exclusivos da humanidade, isto é, interesses antropocêntricos, que podem ser seletivos nas condutas de tratamento quando utilizados métodos tradicionais de Direito Ambiental, para beneficiar-se economicamente e preservar somente o que for interessante preservar.

²² ECOLOGICAL LAW AND GOVERNANCE. *Oslo Manifesto: from environmental law to ecological law: a call for re-framing law and governance*. From Environmental Law to Ecological Law: A Call for Re-Framing Law and Governance. 2016. Disponível em: <https://elgaworld.org/oslo-manifesto>. Acesso em: 01 nov. 2021.

²³MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A reinvenção da natureza e da realidade: a fragmentação como prática nociva à proteção ambiental: a fragmentação como prática nociva à proteção ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato *et al* (org.). *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

A demanda por uma abordagem ecologizada do direito em suas mais diversas áreas parte do reconhecimento das falhas atribuídas ao modelo atual e tradicional, assim lecionam José Rubens Morato Leite e Paula Galbiatti Silveira, ao analisarem o Direito Ambiental, inicialmente como responsável por certa conscientização sobre questões ecológicas outrora, atualmente é área que tem cumprido papel de organização da crise ecológica, "o Direito Ambiental tradicional está inserido e continua perpetrando o mesmo sistema que criou a crise que se busca combater, perdendo seu objetivo de proteger as bases naturais da vida e apenas regulamentando sua exploração com um impacto reduzido"²⁴.

Logo, o que o Manifesto de Oslo tenta demonstrar são as razões pelas quais o viés antropocêntrico por trás da atuação do Direito na proteção dos meios ecológicos é falha, justamente por não visar a proteção dos processos ecológicos, mas a proteção individual dos interesses humanos, sem considerar os demais seres e bens comuns como essenciais para toda a geologia e ecologia, assim sugere-se uma ecologização do Direito a fim de inserir uma nova abordagem e novas práticas, que trate da preservação de todos os processos ecológicos independentemente de interesses individuais e econômicos, em suma voltados a satisfação de consumos humanos.

4.2 Consumo e Ecologização

A crise ecológica vivida atualmente é oriunda do modelo tradicional de tratamento ao meio ambiente, que fragmenta políticas públicas, cria burocracias e leis ambientais que permitem a seletividade dos bens a serem protegidos, conforme o benefício econômico, assim funcionam as regras de Direito Ambiental que se adequam às condutas do capitalismo tradicional, sendo tratado de forma utilitarista e antropocêntrica, sem lidar com a complexidade dos processos ecológicos²⁵.

²⁴ LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti. A Ecologização do Estado de Direito: uma ruptura ao direito ambiental e ao antropocentrismo vigentes. In: LEITE, José Rubens Morato. *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 90.

²⁵ CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles. Da Dimensão Ambiental à Ecologização dos Direitos Humanos: aportes jurisprudenciais. In: LEITE, José Rubens Morato et al. *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Se a produção de riqueza na modernidade está atrelada a condutas de hiperconsumo pelo mercado, de acordo com Beck, a mesma produção de riqueza, produzirá riscos, e, embora acredite na existência de um efeito bumerangue em que os riscos sempre retornam para àqueles que produzem-no, também se reconhece que riscos e riquezas produzidos são distribuídos de maneira não equivalente e para grupos distintos, em uma Sociedade de Risco os riscos mais eminentes e graves costumam atingir primeiro e mais intensamente os menos favorecidos financeiramente do Terceiro Mundo, isso se dá pela maior tolerância à exposição de riscos quando oposta à necessidade de sobrevivência das comunidades mais pobres, "o diabo da fome é combatido com o belzebu do risco"²⁶.

Desta forma, os riscos produzidos pela industrialização intensa em nome da construção de uma sociedade "hiperconsumista", produz conjuntamente uma sociedade de risco, que sabe dos riscos que se expõe e ainda assim os aceita na busca de satisfação pela obtenção de propriedade material.

A lógica do crescimento econômico infinito, reforça o consumismo e a produção linear, de acordo com Melyssa Ely Mello, o fato de os resultados negativos dessas práticas não atingirem os produtores reforça a continuidade das mesmas, como se vê na cultura de descarte de bens cujos resíduos prejudiciais são enviados para países de Terceiro Mundo, para a autora os produtores e consumidores, nestes casos, não são atingidos pelos prejuízos dos resíduos químicos que produzem e assim seguem sem impedimentos a produção de bens para consumo e expansão econômica infinita²⁷.

Diante desta relação evidenciada entre a produção de bens para fomento do hiperconsumo que resultam em maior exposição à uma sociedade de risco, alternativamente destaca-se três atuações importantes do Direito Ecologizado, dentre suas diversas ferramentas, como alternativa de abordagem nas relações de consumo.

²⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2010. p. 383.

²⁷ MELO, Melissa Ely. Crise Ambiental, Economia e Entropia. In: LEITE, José Rubens Morato (org.). *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

a. *Reconhecer o processo ecológico*: ao admitir-se o conceito de processo ecológico, é assumido que o meio ecológico possui processos próprios que estão além das leis humanas²⁸, sendo autorregulados para sua própria manutenção, devem ser respeitados por todas as áreas do Direito, para além do Direito Ambiental, assim as ações de produção e consumo culturalmente podem passar a considerar a afetação dos processos ecológicos por suas atividades, em contraposição a atual cultura de proteção ambiental utilitária ao Antropocentrismo, com ações mais efetivas juridicamente na proteção ambiental²⁹.

b. *Reconhecer demais sujeitos de direitos*: a abordagem ecologizada das relações de consumo destoa do tradicional tratamento Antropocêntrico de consumo - voltado exclusivamente às vontades humanas - então, o reconhecimento de que os demais sujeitos da natureza, seres vivos e bens comuns são também sujeitos direitos é maneira de refrear práticas irresponsáveis com o meio ecológico, garantindo-lhe maior tutela protetiva e a conscientização humana de que suas condutas produzem resultados negativos ecologicamente para si e para terceiros³⁰.

c. *Desfragmentação da proteção*: a fragmentação de vários setores institucionais de proteção ao meio ambiente é uma das falhas do Direito Ambiental, pois termina por regulamentar os danos ambientais concedendo-lhe um viés de legalidade, a unificação da proteção ecológica envolve conhecer todos os seus processos como essenciais, sem a fragmentação que permite sua degradação³¹.

A ressignificação dos campos do Direito a um cenário de respeito aos meios ecológicos é um convite à metamorfose do direito ambiental, tendo em vista às relações de consumo especialmente, considerando o vínculo que as práticas de hiperconsumo possuem com a industrialização e a produção de uma sociedade de

²⁸ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A reinvenção da natureza e da realidade: a fragmentação como prática nociva à proteção ambiental: a fragmentação como prática nociva à proteção ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato et al (org.). *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

²⁹ BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. *Sustainable Development in International and National Law*. Zutphen: Europa Law Publishing, 2008.

³⁰ CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles. Da Dimensão Ambiental à Ecologização dos Direitos Humanos: aportes jurisprudenciais. In: LEITE, José Rubens Morato et al. *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

³¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A reinvenção da natureza e da realidade: a fragmentação como prática nociva à proteção ambiental: a fragmentação como prática nociva à proteção ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato et al (org.). *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

riscos.

Assim, propõe Leite et al., "o direito ambiental está diante de uma alteração e disrupção inéditas, consequência da catástrofe humana e ecológica em curso, desafios para uma ruptura necessária: metamorfosear o direito ambiental vigente"³², tão logo, ao assumir que as relações de consumo influenciam diretamente no meio ambiente, que o planeta foi explorado pelas atividades humanas em um ponto irreversível, sendo a chegada do Antropoceno preocupação contemporânea, as ferramentas de ecologização podem cumprir papel solucionador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora tenha sua parcela de responsabilidade, consumidores também são vítimas e merecem proteção em face das mudanças climáticas. Além de sofrerem com a degradação do ecossistema os seres humanos são suscetíveis às pressões do mercado para adotarem comportamentos consumistas que contribuem para o exaurimento do Planeta Terra. Em razão de sua vulnerabilidade, é urgente políticas públicas mais sustentáveis que garantam a conscientização e um poder de escolha efetivo por parte do consumidor.

Nesse sentido, a Sociedade de Risco pode ser interpretada como consequência de um novo pacto civilizatório. Em razão da finitude do Planeta, o modelo de progresso econômico precisa ser revisitado de modo a neutralizar qualquer dano que o meio ambiente possa sofrer. A irreversibilidade da atual crise ecológica torna-se um fato cada vez mais próximo de nossa realidade e o Sistema Jurídico deve atender as demandas ambientais com o merecido protagonismo.

As ferramentas para a adoção de um viés mais ecocêntrico está na própria Constituição. Assim, é necessário que os juristas promovam esse diálogo em todos os ramos do Direito, rompendo com a fragmentação dos direitos praticada nas conduções do Direito Ambiental tradicional, reconhecendo-se que há um processo ecológico que precede o sistema econômico humano e o próprio homem é parte do

³² LEITE, José Rubens Morato; CODONHO, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira; PEIXOTO, Bruno Teixeira. Coronavírus e Meio Ambiente: rupturas para um direito ambiental em metamorfose. In: LEITE, José Rubens Morato (org.). *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

meio ecológico, que depende da realização de todos os processos naturais para sua subsistência e manutenção da espécie.

A Ecologização do Direito é uma teoria que busca enfrentar a crise ecológica mundial com rupturas ao tradicional Direito Ambiental, não aceitando a regulamentação do dano ambiental e a redução mínima de danos em nome das práticas comerciais humanas, com práticas simples, como a conscientização por parte dos consumidores desde o ato de consumo até o descarte, uma cultura de consumo que reconheça a importância dos meios ecológicos além da satisfação das necessidades humanas e políticas públicas que não auxiliem na impunidade dos produtores de danos ao meio ecológico.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Livia. *Sociedade de Consumo*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2004.

BARBOSA, L.; CAMPBELL, C. O Estudo do Consumo nas Ciências Sociais Contemporâneas. In: BARBOSA, L.; CAMPBELL, C. (Org.). *Cultura, consumo e identidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

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

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2010.

BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. *Sustainable Development in International and National Law*. Zutphen: Europa Law Publishing, 2008.

CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles. Da Dimensão Ambiental à Ecologização dos Direitos Humanos: aportes jurisprudenciais. In: LEITE, José Rubens Morato et al. *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CRUTZEN, Paul J.. Geology of mankind. *Nature*, v. 415, n. 6867, p. 23-23, jan. 2002. Springer Science and Business Media LLC. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/415023a>. Acesso em: 31 out. 2021.

CRUTZEN, Paul J; STOERMER, Eugene F. *Piseagrama*, Belo Horizonte, 06 nov. 2015. Disponível em: <https://piseagrama.org/o-antropoceno>. Acesso em: 31 out. 2021.

ECOLOGICAL LAW AND GOVERNANCE. *Oslo Manifesto: from environmental law to ecological law: a call for re-framing law and governance*. From Environmental Law to Ecological Law: A Call for Re-Framing Law and Governance. 2016. Disponível em: <https://elgaworld.org/oslo-manifesto>. Acesso em: 01 nov. 2021.

FEATHERSTONE, M. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. São Paulo: Nobel, 1995.

JOÃO, Catharine Black Lipp. A sociedade de consumo (in) sustentável e o direito: reflexões sobre os impactos ambientais e o tratamento jurídico da obsolescência programada. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 97, p. 107 – 126, Jan – Mar.

LEITE, José Rubens Morato; CODONHO, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira; PEIXOTO, Bruno Teixeira. Coronavírus e Meio Ambiente: rupturas para um direito ambiental em metamorfose. In: LEITE, José Rubens Morato (org.). *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti. A Ecologização do Estado de Direito: uma ruptura ao direito ambiental e ao antropocentrismo vigentes. In: LEITE, José Rubens Morato. *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do Efêmero*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A reinvenção da natureza e da realidade: a fragmentação como prática nociva à proteção ambiental: a fragmentação como prática nociva à proteção ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato et al (org.). *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2019.

MELO, Melissa Ely. Crise Ambiental, Economia e Entropia. In: LEITE, José Rubens Morato (org.). *Ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

RETONDAR, Anderson Moebus. *Sociedade de consumo, modernidade e globalização*. São Paulo: Annablume; Campina Grande: EDUFPG, 2007.

TAVARES, Leandro Anselmo Todesqui. *A depressão como mal-estar contemporâneo*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.

**ARTIGOS II JORNADA DE PESQUISA CDEA:
SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**

12. ZERO-RATING, ACESSO À INTERNET E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-12>

*Andressa de Bittencourt Siqueira*¹

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo interpretar, à luz do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a viabilidade dos contratos de *zero-rating* no Brasil, bem como estruturar os parâmetros de aplicação destes a partir do direito do consumidor. Delineia-se como hipótese de pesquisa que a prática de *zero-rating* no País restringe a liberdade de escolha dos consumidores e viola a igualdade nas contratações, devendo aplicar-se tão-somente de modo residual. Como resultado, confirma-se a hipótese lançada, bem como apresenta-se, à luz do direito do consumidor, proposta de alteração legislativa a fim de assegurar os direitos dos consumidores e concretizar os demais objetivos e fundamentos do uso da Internet no Brasil.

Palavras-chave: acesso à internet patrocinado; inclusão digital; liberdade de escolha do consumidor; igualdade nas contratações; neutralidade de rede.

ABSTRACT

In light of the Brazilian legal-constitutional order, this research aims to interpret the viability of zero-rating contracts in Brazil and structure the parameters of their application based on consumer law. The research hypothesis is that the practice of zero-rating in Brazil restricts consumers' freedom of choice and violates equality in contracting; therefore, it should only be applied exceptionally. As a result, the hypothesis is confirmed and a proposal for legislative change is presented,

¹ Mestre e Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Bolsista CAPES. Advogada. E-mail: andressa.siqueira@edu.pucrs.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8239857531740075>. Orcid: 0000-0001-5474-4943.

considering consumer law, to ensure consumers' rights and realize the other objectives and foundations of Internet use in Brazil.

Keywords: sponsored internet access; digital inclusion; consumers' freedom of choice; equality in contracting; net neutrality.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Breves aproximações aos contratos de zero-rating na ordem jurídico-constitucional brasileira; 2.1 A prática de zero-rating e os desafios da universalização do acesso à internet; 2.2 Arcabouço normativo quanto à implementação de contratos de zero-rating no Brasil; 3. Os impactos dos contratos de zero-rating aos direitos dos consumidores; 3.1. O acesso à internet no contexto socioeconômico brasileiro; 3.2. Perspectivas para zero-rating no Brasil: proposta de alteração legislativa ao CDC; 4. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

São inúmeros os desafios impostos à universalização do acesso à internet no Brasil, em um panorama caracterizado pela falta de isonomia quanto à oferta desse serviço, especialmente considerando os direitos dos consumidores. No contexto brasileiro, nota-se uma falsa sensação de inclusão digital, evidenciada, entre outros fatores, pela configuração dos planos de internet ofertados aos consumidores, haja vista a prática de acesso patrocinado, também chamada de tarifação zero (*zero-rating*). Frente ao cenário instalado, apresentam-se dois problemas de pesquisa.

Em um primeiro momento almeja-se responder o seguinte questionamento: de que modo a ordem jurídico-constitucional brasileira recepciona a prática do *zero-rating*? Em sequência, visa-se analisar o seguinte questionamento: de que maneira podem ser traçados os impactos do *zero-rating* sobre os direitos dos consumidores? A fim de manter a congruência, são traçados dois objetivos específicos relacionados a cada um dos problemas de pesquisa. O primeiro objetivo específico visa interpretar, à luz do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a viabilidade dos contratos

de *zero-rating* no Brasil, enquanto o segundo tem o condão de estruturar parâmetros de aplicação de tais contratos a partir do direito do consumidor.

Assim sendo, estabelece-se como hipótese de pesquisa que a prática de *zero-rating* no País restringe a liberdade de escolha dos consumidores e viola a igualdade nas contratações, devendo aplicar-se tão-somente de modo residual. Para confirmar a referida hipótese, adota-se o método hipotético-dedutivo de abordagem, haja vista a proposição de alternativas a fim de remediar os problemas desencadeados pela prática de *zero-rating*. Ademais, adota-se o método sistemático-teleológico de interpretação, uma vez que se considera o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro como um conjunto organizado de modo sistêmico e hierarquizado para a satisfação de determinados fins, a exemplo da proteção e promoção dos direitos dos consumidores. Quanto a técnicas de pesquisa, realiza-se análise crítica da doutrina, legislação e jurisprudência pertinentes, além da coleta de dados estatísticos sobre a realidade brasileira.

A pesquisa é organizada em dois grandes blocos a partir da estrutura fornecida pelos objetivos e problemas já mencionados. No primeiro, traça-se uma perspectiva introdutória sobre os contratos de *zero-rating* e suas controvérsias a partir do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. No segundo, com base em dados estatísticos sobre o contexto brasileiro no que tange ao acesso à internet, são analisadas as consequências geradas a partir da aplicação desses contratos no País aos direitos dos consumidores, sobretudo a liberdade de escolha, para que, ao final, sejam analisadas possíveis perspectivas de mudança mediante proposta de alteração legislativa ao Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990 (doravante CDC).

2 BREVES APROXIMAÇÕES AOS CONTRATOS DE ZERO-RATING NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Nesse primeiro bloco de exposição, busca-se analisar a viabilidade dos contratos de *zero-rating* a partir da ordem jurídico-constitucional brasileira. Sendo assim, inicia-se a abordagem pelos obstáculos enfrentados ao amplo acesso à

internet para que, em seguida, sejam analisadas as nuances oriundas do panorama regulatório.

2.1 A prática de *zero-rating* e os desafios da universalização do acesso à internet

A prática de *zero-rating* por provedores de internet, também denominada de acesso patrocinado, compreende, de modo geral, um conjunto de estratégias comerciais com o objetivo primordial de oferecer e prestar serviços mediante o acesso ilimitado e sem custos adicionais a determinados conteúdos, previamente determinados pelo provedor de internet (e. g. aplicativos de redes sociais), cuja aplicação se dá, principalmente, por iniciativa da empresa chamar a atenção do consumidor². Nos planos de internet móvel, a partir dessa estratégia de negócio, os consumidores podem continuar a usufruir de determinadas aplicações, a exemplo das plataformas de redes sociais, mesmo após o esgotamento da franquia de dados contratada.

Em que pese, numa primeira mirada, tal medida possa parecer um meio eficaz de proporcionar o acesso à internet a todos, independentemente do contexto socioeconômico dos usuários do serviço, a prática do *zero-rating* em planos de internet móvel traz consigo uma série de consequências nefastas. Destaca-se, sobretudo, os obstáculos impostos pela ao aplicar-se o *zero-rating* em contratos de baixa franquia de dados, haja vista que os usuários tendem a acessar menos páginas na internet, apenas quando estritamente necessário, limitando o acesso tão-somente aos aplicativos patrocinados, ou, após o término da franquia de dados, não podem mais acessar páginas da internet que não sejam patrocinadas pelo provedor.

Traduz-se a partir disso que os usuários que contratam serviços de internet móvel com acesso patrocinado a determinadas funcionalidades tendem a desfrutar da internet de modo mais restrito na medida em que seja estabelecida uma comparação com usuários que possuem amplo acesso não apenas e. g. ao

² RAMOS, Pedro Henrique Soares. Zero-rating: uma introdução ao debate. *poliTICs* - Instituto Nupef, n. 21, ago. 2015. p. 3.; BRANDÃO, Luiza. Zero-rating: uma medida de exceção. *Instituto Iris* - Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/39qZAA3>. Acesso em: 17 out. 2021.; LEFÈVRE, Flávia. Zero-rating, planos de serviço limitados e o direito de acesso à Internet. *poliTICs* - Instituto Nupef, n. 21, ago. 2015. p. 12.

entretenimento das redes sociais, como também às mais diversas ferramentas de busca e de obtenção de informações. Sendo assim, nota-se que resta configurado um ambiente propício para a disseminação de *fake news*, em que usuário visa economizar a franquia de dados ou, em razão do seu término, vê-se impedido de checar a veracidade de determinada informação encontrada nas redes sociais³.

Além do acesso não isonômico à internet, a prática de *zero-rating* é questionada quanto à potencial violação da neutralidade de rede (art. 3º, inc. IV c/c art. 9º e §§ do Marco Civil da Internet)⁴. Apesar de tal perspectiva fugir ao escopo do presente artigo, não sendo aqui aprofundada, convém referir a decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que determinou o arquivamento do inquérito administrativo, de iniciativa do Ministério Público Federal (MPF), cujo objetivo consistia em verificar a execução de práticas anticoncorrenciais por provedores de internet em contratos de *zero-rating* em planos de internet móvel. Para o CADE, não foram verificados indícios de que o oferecimento de acesso patrocinado violasse a livre concorrência ou a neutralidade de rede, ressalvado o contínuo monitoramento desse modelo de negócio para correção de falhas e de efeitos colaterais⁵.

Em todo caso, a implementação de *zero-rating* em planos de internet vem sendo justificada em razão da precariedade da estrutura de suporte ao serviço de conexão à internet no Brasil, haja vista a deficiência no desenvolvimento de políticas públicas nesse sentido⁶. Arrisca-se dizer que a implementação da rede de telefonia móvel e de banda larga 5G possa viabilizar um cenário favorável para o desenvolvimento de uma estrutura de telecomunicações suficientemente adequada

³ CGI.br. *Pesquisa TIC Domicílios 2020*, 2021. p. 83. Disponível em: <https://bit.ly/3M10sdn>. Acesso em: 28 abr. 2022.; COMO os planos de Whatsapp e Facebook grátis contribuem para a epidemia de fake news. *The Intercept Brasil*, 10 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3Ficah1>. Acesso em: 30 abr. 2022.

⁴ BELLI, Luca. Network Self-Determination and the Positive Externalities of Community Networks. In: BELLI, Luca (Ed.). *Community networks: the Internet by the people, for the people*. Official outcome of the UN IGF Dynamic Coalition on Community Connectivity. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Também: LEFÈVRE, Flávia. *Zero-rating, planos de serviço limitados e o direito de acesso à Internet*. *poliTICs* - Instituto Nupef, n. 21, ago. 2015.

⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Nota Técnica n. 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE*. Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3P1yGPx>. Acesso em: 19 nov. 2021.

⁶ LEFÈVRE, Flávia. *Zero-rating - A Internet dos Pobres*. *Liberdade e direitos na Internet e nas telecomunicações*, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3KKgKpr>. Acesso em: 18 nov. 2021.

à nível Brasil. Contudo, ainda são tímidos os objetivos traçados para o primeiro “Leilão da 5G”, realizado em novembro de 2021, haja vista a priorização das capitais brasileiras e áreas urbanas com mais de 30 mil habitantes.

Considerando que o acesso patrocinado viabiliza, principalmente, como estratégia comercial, o uso de plataformas de redes sociais, é imprescindível enfatizar a revolução e o impacto positivo causado por essas plataformas no contexto das telecomunicações, especialmente se comparado o atual contexto, caracterizado pela facilidade da comunicação e de acesso a uma variedade de informações, com o panorama anterior à difusão da internet, configurado pelo alto custo das comunicações, por mensagem de texto (SMS), por ligações ou pela internet discada (*dial-up*). Ademais, as funcionalidades das plataformas de redes sociais tem o condão de democratizar o uso de tecnologias, a exemplo do envio de áudios por usuários analfabetos para se comunicar em aplicativos de mensageria privada, como o WhatsApp e o Telegram⁷.

Ao mesmo tempo, contudo, reconhece-se os malefícios de fornecer acesso ilimitado apenas a aplicações pré-determinadas pelos provedores de internet sob orientação mercadológica. Em pesquisa realizada pela Quartz, divulgada como parte do relatório Mozilla Internet Health Report v0.1, em 2017, demonstrou que 55% dos brasileiros que participaram da pesquisa consideram que a internet se resume ao Facebook⁸. Nesse ritmo, nota-se que a restrição de acesso apenas a redes sociais seja capaz de criar uma visão distorcida sobre a internet, criando-se, assim, uma divisão digital intransponível, em que surgiria “a internet dos pobres” com acesso reduzido a recursos e funcionalidades da internet⁹.

Sendo assim, há de se ter cautela no estabelecimento de um marco regulatório para o *zero-rating* em contratos de internet, sobretudo os de dados móveis, devendo

⁷ CONCEIÇÃO, Lorena da; PESSÔA, Luís. A Experiência de Consumidores com Baixo Letramento em Redes Sociais e Comunicadores Instantâneos: um Estudo Exploratório. *Sociedade, Contabilidade e Gestão*, v. 13, n. 3. set/dez, 2018. p. 13.

⁸ Na pesquisa, 55% dos brasileiros entrevistados responderam afirmativamente ao seguinte questionamento: “Você concorda com a afirmação seguinte: o Facebook é a internet?”. Os números são ainda maiores na Nigéria (65%), na Indonésia (63%) e na Índia (58%). Apenas 5% dos norte-americanos concordaram com a afirmação. Cf. DIFFERENT Worlds. Millions of Facebook users have no idea they're using the internet. *Quartz*, 9 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3FeWivA>. Acesso em 28 nov. 2021.

⁹ LEFÈVRE, Flávia. Zero-rating - A Internet dos Pobres. *Liberdade e direitos na Internet e nas telecomunicações*, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3KKgKpr>. Acesso em: 18 nov. 2021.

haver um equacionamento entre interesses comerciais das empresas, direitos dos usuários e deveres a serem cumpridos – tanto pelo Estado, como pelas empresas – no panorama da conectividade. Noutros termos, há que se avaliar do ponto de vista normativo, constitucional e infraconstitucional a viabilidade desse tipo de contratação, sobretudo frente aos deveres do direito do consumidor e dos fundamentos do uso da internet no Brasil.

2.2 Arcabouço normativo quanto à implementação de contratos de *zero-rating* no país

Antes de lançar-se à proposição de alternativas ao panorama configurado, é imprescindível que se verifique a viabilidade de eventual proposta no cenário jurídico-constitucional brasileiro, especialmente quanto a parâmetros constitucionais já assentados, além dos diplomas legislativos já em vigência. Sendo assim, analisa-se a aplicação de *zero-rating* em planos de internet perante o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, notadamente quanto à Constituição Federal de 1988 (doravante CF); ao CDC; à Lei de Acesso à Informação – Lei n. 12.527/2011 (doravante LAI); ao Marco Civil da Internet – Lei n. 12.965/2014 (doravante MCI); e à Declaração de Direitos de Liberdade Econômica – Lei n. 13.874/2019, comumente denominada de Lei da Liberdade Econômica (doravante LLE).

Em relação aos dispositivos constitucionais pertinentes, destaca-se o equacionamento realizado no que tange ao resguardo da livre iniciativa. Na medida em que o Constituinte originário conferiu uma dimensão social à livre iniciativa (art. 1º, inc. IV, CF), na condição de fundamento da República Federativa do Brasil, da qual decorre o reconhecimento de um impacto social positivo derivado do âmbito do econômico, gera-se a expectativa de benefícios não apenas àquele que empreende como também à coletividade¹⁰. Com efeito, quanto ao estudo que aqui se propõe, a elaboração de ofertas de acesso à internet, especialmente à internet móvel, está

¹⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Valor e desvalor da livre iniciativa. *civilistica.com*, v. 8, n. 3, 2019. p. 611.

atrelada à busca de fins sociais, de amplo alcance, de modo que a perspectiva lucrativa não deve ser isoladamente considerada¹¹.

Ademais, ainda em perspectiva constitucional, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, evidenciando a concepção Social do Estado¹², destaca-se o fim de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inc. III, CF). Tal finalidade, aliás, está em harmonia tanto com função social da livre iniciativa, já referida, como com o catálogo de direitos sociais proposto constitucionalmente, haja vista os deveres de proteção estatais, especialmente quanto à sua dimensão de direitos à prestação, de modo que cabe ao Estado a viabilização e a garantia “de acesso a determinados bens e serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis”¹³. No panorama da conectividade, portanto, cabe ao Estado não apenas a proteção ao consumidor no momento da contratação de franquia de internet, como também quanto à promoção de políticas públicas, especialmente em relação à infraestrutura das telecomunicações, a fim de viabilizar acesso à internet de qualidade de maneira igualitária¹⁴. Aliás, conforme Flávia Lefèvre salienta, a prática de *zero-rating* no País, tal como configurada, desincentiva o investimento do Estado e de empresas para ampliação da infraestrutura, o que vai de encontro ao MCI, e potencializa a divisão

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 111.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 225. Quanto à proteção e promoção do direito à internet sob a ótica dos direitos sociais, veja-se: HARTMANN, Ivar. A right to free internet? On internet access and social rights. *Journal of High Technology Law*, v. 13, n. 2, 2013. Em artigo publicado pela Revista Eletrônica de Direito Público portuguesa, a autora se posicionou pelo reconhecimento da fundamentalidade subordinada do direito de acesso à internet, no sentido de que a fundamentalidade material do referido direito decorre da sua conexão com direitos fundamentais já reconhecidos, dentre os quais os direitos sociais e, especialmente, os direitos comunicativos. (SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. A fundamentalidade subordinada do direito de acesso à internet no cenário jurídico-constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 7, n. 2, p. 240-263, 2020). Também, mais recentemente, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. O direito humano e fundamental de acesso à internet. *Revista Consultor Jurídico*, 12 nov. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3vHKfUn>. Acesso em 30 abr. 2022.

¹⁴ LEFÈVRE, Flávia. Zero-rating, planos de serviço limitados e o direito de acesso à Internet. *poliTICs* - Instituto Nupef, n. 21, ago. 2015. p. 20.

digital no Brasil¹⁵.

Tendo em vista que a Internet é considerada como um meio de comunicação difundido nos diversos sistemas sociais, econômicos e culturais¹⁶, cabe referir a conexão do direito de acesso à internet com os direitos comunicativos, a exemplo da liberdade de expressão e de informação, todos de assento constitucional (arts. 5º, inc. IV, e 220 e ss., CF). Ainda no que tange aos direitos fundamentais, cabe referir a proteção e promoção da estrutura de direitos dos consumidores (art. 5º, inc. XXXII, CF), regulado pelo CDC, e do direito de acesso a informações públicas (art. 5º, inc. XXXIII, CF), regulado pela LAI, os quais serão aprofundados em sequência ainda neste item (1.2).

Quanto ao impacto causado pelo *zero-rating* em planos de internet móvel aos direitos dos consumidores, destaca-se, dentre outros, os reflexos nos direitos à liberdade de escolha (art. 6º, inc. II, CDC), à igualdade nas contratações (art. 6º, inc. II, CDC) e à eficácia da prestação dos serviços públicos (art. 6º, inc. X, CDC). Notadamente, os direitos dos consumidores, nesse e em outros tipos de contratações, não se exaurem nos aqui mencionados, uma vez compreendida e aplicada a interpretação sistemática no direito do consumidor, englobando inclusive aqueles previstos no MCI¹⁷. Além dos direitos previstos para relações consumeristas firmadas por intermédio da internet¹⁸, a exemplo da compra de bens e contratação de serviços no comércio eletrônico, cabe ao direito do consumidor, enquanto ramo jurídico, ajustar-se às mudanças oriundas do avanço tecnológico e inovativo a fim de fornecer proteção suficientemente adequada aos consumidores desde a contratação que viabiliza o acesso à internet, isto é, aquelas firmadas com os provedores de acesso, comumente denominados de operadoras.

Sendo assim, nos contratos com tais provedores, é necessário que sejam asseguradas condições que permitam aos consumidores o exercício livre de escolha

¹⁵ LEFÈVRE, Flávia. Zero-rating, planos de serviço limitados e o direito de acesso à Internet. *poliTiCs* - Instituto Nupef, n. 21, ago. 2015. p. 19-20.

¹⁶ MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 85.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 120.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 125, a. 28, p. 17-62, set./out. 2019.

quanto ao objeto contratado¹⁹, protegendo a sua autonomia mediante a potencialização dos direitos de informação (art. 30, 31, 46, e 54, § 4º, CDC) e de reflexão (art. 49, CDC)²⁰. Com efeito, a liberdade de escolha (art. 6º, inc. II, CDC) está diretamente ligada à concorrência entre os fornecedores, a fim de que estes possam competir entre si para o oferecimento de diferentes propostas de contratação, de modo a permitir ao consumidor a autonomia de escolher a oferta que lhe seja mais útil²¹.

Em que pese sejam identificadas vantagens para os consumidores em determinado modelo de contratação, a exemplo dos planos de internet com acesso patrocinado, tal configuração não desobriga que fornecedores realizem um sopesamento entre interesses atuais e futuros, assim como entre interesses individuais e coletivos²². Ademais, o constitucionalmente assegurado direito à igualdade (art. 5º, *caput*, CF) adquire nova roupagem ao ser aplicado, no direito do consumidor mediante o assim chamado direito à igualdade nas contratações (art. 6º, inc. II, CDC). Sendo assim, quanto ao escopo da presente pesquisa, o que se almeja, a partir do reconhecimento desse direito no âmbito do direito do consumidor, é a viabilização de acesso ao mercado, sem discriminação entre diferentes consumidores, de modo a superar, ao mesmo tempo, a já configurada desigualdade entre fornecedores e consumidores, ante o reconhecimento das vulnerabilidades fática, técnica e jurídica, dos últimos em relação aos primeiros²³.

No que tange ao arcabouço protetivo fornecido pelo MCI, destaca-se, antes de prosseguir na análise, o reconhecimento da finalidade social do acesso à internet (art. 2º, inc. VI, MCI) e o direito de acesso à internet a todos (art. 4º, inc. I, MCI). Além disso, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor estão

¹⁹ Com base no conceito de "liberdade de escolha", no âmbito do direito do consumidor, por MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 107.

²⁰ MARQUES, Claudia Lima. A Lei n. 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 71-72.

²¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 108.

²² MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 108.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 270-274.

centralizadas no referido diploma legal como fundamento para a regulação da internet no País (art. 2º, inc. V, MCI). Tais direitos e diretrizes para a disciplina do uso da internet, na perspectiva já mencionada por Bruno Miragem, concretiza o diálogo das fontes entre o direito do consumidor e o direito regulatório, analisando-se, de modo especial, a regulação da internet²⁴.

Para fins de completude, refere-se, brevemente, a LLE, aprovada, em 2019, com o escopo de trazer maior racionalidade à regulação estatal no âmbito da liberdade econômica, conferindo destaque e protagonismo aos empreendedores no contexto da livre iniciativa²⁵. Embora a análise pormenorizada da lei quanto ao *zero-rating* não possa ser aqui aprofundada, salienta-se a proibição de privilégios a grupos econômicos (art. 4º, inc. I, LEE) no exercício da regulação pelo Poder Público, além da garantia de tratamento isonômico e previsível entre esses agentes (art. 4º-A, LLE). Em que pese o CADE já tenha se manifestado, 2017, sobre a prática de *zero-rating* à luz do direito concorrencial, em decisão para arquivamento de inquérito já referida, nota-se que ainda há espaço para revisão do entendimento sob perspectivas ainda não analisadas.

Finalmente, antes de avançar-se para o segundo bloco de exposição, torna-se imprescindível referir que o CDC e o MCI fornecem salvaguarda à eficácia da prestação dos serviços públicos (art. 6º, inc. X, CDC; art. 24, inc. X, MCI), que, conjugada com a proteção constitucional do direito de acesso à informação pública (art. 5º, inc. XXXIII, CF), regulado pela LAI, e de modo esparso pelo MCI (art. 4º, inc. II), além da proteção e promoção direito de acesso à internet a todos (art. 4º, inc. I, MCI), abre-se margem para a manutenção da prática de *zero-rating* em planos de internet móvel no País, o que passa a ser analisado no bloco seguinte, especialmente no item 3.2.

²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 120.

²⁵ LUPION, Ricardo. O sonho da liberdade econômica, o pesadelo da pandemia do covid-19 e a empresa resiliente. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, 2020. p. 2496.

3 IMPACTOS DOS CONTRATOS DE ZERO-RATING AOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

Nesse segundo bloco da pesquisa, almeja-se estruturar determinados parâmetros de aplicação de contratos de internet móvel com *zero-rating* à luz do direito do consumidor. Sendo assim, em um primeiro momento, centraliza-se a prática no contexto brasileiro a partir de dados estatísticos, para que, em sequência, seja apresentada uma alternativa, de enfoque legiferante, de modo a equilibrar os interesses em questão.

3.1 O acesso à internet no contexto socioeconômico brasileiro

De acordo com a TIC Domicílios 2020, pesquisa realizada e publicada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), estima-se com indicador ampliado que, naquele ano, havia 164 milhões de usuários de Internet, o que corresponde a 87% da população com 10 anos ou mais²⁶. A partir de dados mais recentes, publicados em janeiro de 2022 pela We Are Social em parceria com a Hootsuite, foram estimados 165,3 milhões de usuários de internet no Brasil, de modo que, conforme a pesquisa, 49,37 milhões de pessoas (23% da população) no Brasil não haviam acessado a internet no início de 2022²⁷.

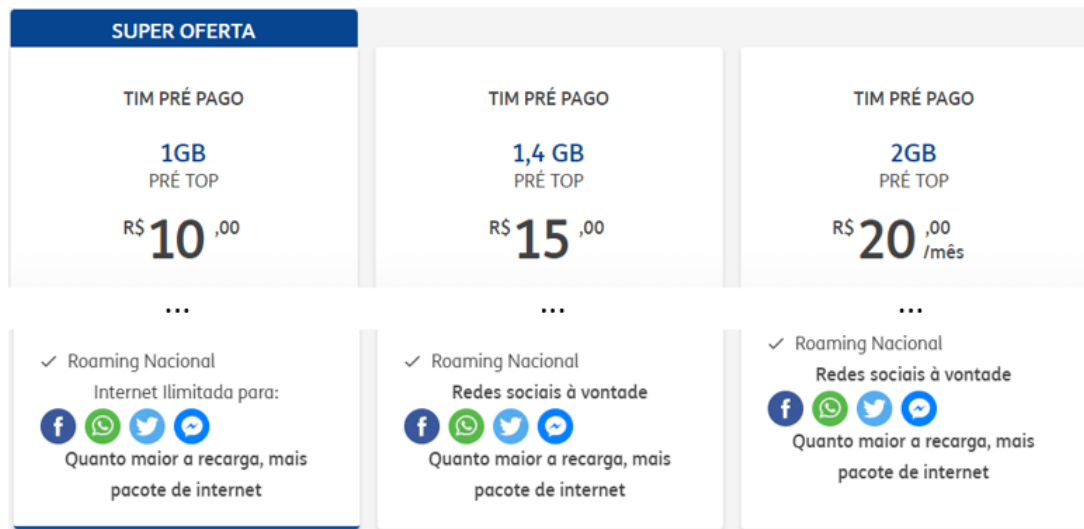
A partir da amostra de plano de internet móvel aqui trazida (cf. Ilustração 01), obtida no site comercial de provedor de internet, em novembro de 2021, convém notar que os planos de internet móvel com *zero-rating* ofertam planos com uma quantidade de dados demasiadamente reduzidos para tráfego rede. Por exemplo, com um 1 GB de dados móveis, é possível navegar por cerca de 12 horas em páginas da web, ou escutar cerca de 200 músicas ou assistir a 2 horas de vídeo em definição

²⁶ O indicador ampliado engloba usuários de Internet que realizam atividades no telefone celular que dependem de conexão com a internet, ainda que não tenham acessado a internet nos três meses anteriores à pesquisa. Sem o indicador ampliado, estima-se que, em 2020, havia 152 milhões de brasileiros usuários de internet, o que corresponde a 81% da população. Cf. CGI.br. *Pesquisa TIC Domicílios 2020*, 2021.

²⁷ DATA REPORTAL. *Digital 2022: Brazil*, 9 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-brazil>. Acesso em: 23 fev. 2022.

padrão.²⁸ Contudo, no exemplo trazido, o acesso a redes sociais (e. g. Facebook, WhatsApp, Twitter e Messenger) não é restringido.

Ilustração 01 – Amostra de plano de internet móvel com *zero-rating* para redes sociais



Fonte: Tim Website Comercial (www.tim.com.br).

A situação se agrava na medida em que se percebe que a internet móvel consiste no principal meio de acesso à internet no Brasil. De acordo com a TIC Domicílios 2020, 58% dos usuários de internet (88 milhões de brasileiros) no Brasil acessam a rede exclusivamente pelo telefone. Ao lançar-se um olhar mais atento às classes “D” e “E” e àqueles usuários que frequentaram a escola até a Educação Infantil, a percentagem de usuários que acessam a internet exclusivamente pela rede móvel atinge 90%. Ademais, 70% dos usuários de internet pertencentes às classes “D” e “E” a utilizam apenas mediante a contratação de planos de internet móvel pré-pagos²⁹.

Entre as conclusões da TIC Domicílios 2020, que já havia também sido assinalada no relatório correspondente de 2019, nota-se que o preço da conexão de

²⁸ 1GB of Data: How Much Is It & How Long Does It Last? *Mobile Data Limits*, 2010. Disponível em: https://kenstechtips.com/index.php/data-plans/1gb-data#How_Much_Is_1GB_Data. Acesso em: 02 fev. 2022.

²⁹ CGI.br. *Pesquisa TIC Domicílios 2020*, 2021. p. 73-74.

banda larga fixa consiste no principal obstáculo a uma conexão de internet de qualidade³⁰. Tal resultado vai de encontro ao estudo publicado pela Digital Fuel Monitor, no qual se verificou os altos preços para internet banda larga móvel em países em que é permitida a aplicação de *zero-rating*³¹. O relatório também refere que, em caso de proibição da prática de acesso patrocinado, é possível que haja incentivos econômicos para redução dos preços dos contratos de franquia de dados móveis, beneficiando, em sentido amplo, os consumidores desse tipo de serviço³². Ademais, tais resultados são corroborados pelo estudo publicado pela Epicenter Works, em que se verificou que uso da Internet é mais caro em países que adotam o *zero-rating*³³.

Logo, salta aos olhos a falta de isonomia no acesso à internet, uma vez configurada a divisão entre consumidores que acessam a internet de modo amplo e aqueles consumidores submetidos a planos de internet – especialmente os de franquia de dados móveis – que limitam os conteúdos que possam ser acessados, restringindo, não raro, o acesso a conteúdos específicos. Compreende-se, portanto, a violação dos direitos à liberdade de escolha e à igualdade nas contratações mediante ofertas de *zero-rating* em planos de internet, haja vista a limitação de acesso a uma parte diminuta da internet³⁴, além das ofertas onerosas de planos de acesso amplo, perpetuando e normalizando o acesso desigual ao universo de informações que a internet poderia proporcionar de modo isonômico³⁵.

³⁰ CGI.br. Pesquisa TIC Domicílios 2020, 2021. p. 96.

³¹ MIRANI, Leo. Different Worlds. Millions of Facebook users have no idea they're using the internet. *Quartz*, 9 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://qz.com/333313/millions-of-facebook-users-have-no-idea-theyre-using-the-internet/>. Acesso em: 28 nov. 2021.

³² No mesmo sentido, RAMOS, Pedro Henrique Soares. Zero-rating: uma introdução ao debate. *poliTICs* - Instituto Nupef, n. 21, ago. 2015. p. 5.

³³ REPORT: The Net Neutrality Situation in the EU Evaluation of the First Two Years of Enforcement. *Epicenter.Works*, 29 jan. 2019. p. 31-32. Disponível em: <https://en.epicenter.works/document/1522>. Acesso em: 30 out. 2021. Também: IDEC. *Acesso móvel à internet: franquia de dados e bloqueio do acesso dos consumidores*. Nota introdutória para discussão no âmbito do Comitê de Defesa dos Usuários de Telecomunicações da Anatel - CDUST. Setembro, 2019.

³⁴ LEFÈVRE, Flávia. Zero-rating, planos de serviço limitados e o direito de acesso à Internet. *poliTICs* - Instituto Nupef, n. 21, ago. 2015. p. 18.

³⁵ CGI.br. Pesquisa TIC Domicílios 2020, 2021. p. 79.

3.2 Perspectivas para o zero-rating no Brasil: proposta de alteração legislativa ao CDC

Sendo assim, confirma-se a hipótese lançada ao início, haja vista que a prática de *zero-rating* no País restringe a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações dos consumidores, devendo aplicar-se tão-somente de modo residual. O *zero-rating* se encaixa, portanto, na categoria de assédio de consumo, que para Claudia Lima Marques consiste em um conceito amplo que engloba as práticas comerciais que estabelecem limites à liberdade de escolha dos consumidores, o que, para a autora, passa a ter especial importância no mundo digital.³⁶

Sendo assim, traduz-se a partir do cenário instalado a necessidade de alteração legislativa a fim de que seja possível corrigir os problemas debatidos alhures. Nada obstante, é possível realizar um equilíbrio dos interesses em questão, permitindo a manutenção do *zero-rating* em planos de internet no Brasil a fim de permitir a efetivação de objetivos e direitos fundamentais, a exemplo do direito de acesso à informação pública e a eficiência da prestação dos serviços públicos, resguardados pela CF, CDC, MCI e LAI. Aliás, o contexto da pandemia de covid-19 no Brasil colocou o acesso à internet nos holofotes, evidenciando a necessidade de acessar informações confiáveis, de baixar e acessar aplicações promovidas pelo Estado³⁷ (e. g. Auxílio Emergencial, Conecte.sus) e de, inclusive, garantir a continuação dos estudos, na perspectiva da eficácia do direito à educação no cenário das salas de aula remotas. Nota-se, enfim, a possibilidade de ação por intermédio do direito do consumidor. Com efeito, propõe-se a seguinte alteração legislativa ao CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor

[...]

³⁶ MARQUES, Claudia Lima. 30 anos de código de defesa do consumidor: revisando a teoria geral dos serviços com base no CDC em tempos digitais. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de (Org.). *Direito do Consumidor - 30 anos do CDC*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 60.

³⁷ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Neutralidade da rede e proteção do consumidor no contexto pandêmico. *Revista Consultor Jurídico*, 16 de junho de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3kHHrjP>. Acesso em: 31 out. 2021. Apesar de os primeiros passos já terem sido realizados durante a pandemia por parte dos provedores de internet, ainda permanecem lacunas quanto à proteção de consumidores vulneráveis, veja-se: IDEC. *Internet e pandemia: ações de operadoras são insuficientes*, 05 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3MQp5ct>. Acesso em: 10 abr. 2022.

XV – acesso igualitário a aplicações de internet, vedado o estabelecimento de tarifação zero a determinadas aplicações pelo provedor de acesso à internet, exceto para a prestação de serviços públicos.

Por óbvio, não se almeja que tal alteração isoladamente seja capaz de os desafios e obstáculos para a alcançar-se a universalização da conectividade no Brasil. Trata-se, em verdade, de um primeiro passo para oferta de planos de internet que sejam acessíveis à população brasileira, de modo geral, incluindo-se indivíduos dos mais diversos contextos socioeconômicos, assim como para a garantia de a amplo acesso à informação e ao conhecimento na rede. A partir de tal configuração, a realidade brasileira está mais próxima, quanto ao direito de acesso à internet, de alcançar a sintonia com os objetivos e fundamentos para o uso da internet no País estabelecidas constitucionalmente e na legislação infraconstitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa, sendo assim, sobretudo à luz dos preceitos do CDC e daqueles traçados constitucionalmente, com base na interpretação sistemático-teleológica, confirma a hipótese lançada ao início, tendo em vista a necessidade de aplicação excepcional de *zero-rating* em planos de internet. A partir da manutenção de tal prática para a promoção de serviços públicos, realiza-se um equilíbrio dos interesses em jogo, abrindo-se espaço para que haja a efetiva liberdade de escolha dos consumidores e igualdade nas contratações, assim como para que se concretizem os demais objetivos e fundamentos do uso da Internet no Brasil, a fim que se alcance a tão almejada inclusão digital.

REFERÊNCIAS

1GB of Data: How Much Is It & How Long Does It Last? *Mobile Data Limits*, 2010. Disponível em: https://kenstechtips.com/index.php/data-plans/1gb-data#How_Much_Is_1GB_Data. Acesso em: 02 fev. 2022.

BELLI, Luca. Network Self-Determination and the Positive Externalities of Community Networks. In: BELLI, Luca (Ed.). *Community networks: the Internet by*

the people, for the people. Official outcome of the UN IGF Dynamic Coalition on Community Connectivity. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

BRANDÃO, Luiza. Zero-rating: uma medida de exceção. *Instituto Iris* - Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/39qZAA3>. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Nota Técnica n. 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE*. Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3P1yGPx>. Acesso em: 19 nov. 2021.

CGI.br. *Pesquisa TIC Domicílios 2020*, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3M10sdn>. Acesso em: 28 abr. 2022.

COMO os planos de Whatsapp e Facebook grátis contribuem para a epidemia de fake news. *The Intercept Brasil*, 10 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3Ficah1>. Acesso em: 30 abr. 2022.

CONCEIÇÃO, Lorena da; PESSÔA, Luís. A Experiência de Consumidores com Baixo Letramento em Redes Sociais e Comunicadores Instantâneos: um Estudo Exploratório. *Sociedade, Contabilidade e Gestão*, v. 13, n. 3. set/dez, 2018.

DATA REPORTAL. *Digital 2022: Brazil*, 9 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-brazil>. Acesso em: 23 fev. 2022.

DIFFERENT Worlds. Millions of Facebook users have no idea they're using the internet. *Quartz*, 9 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3FeWivA>. Acesso em: 28 nov. 2021.

HARTMANN, Ivar. A right to free internet? On internet access and social rights. *Journal of High Technology Law*, v. 13, n. 2, 2013.

IDEC. *Acesso móvel à internet: franquias de dados e bloqueio do acesso dos consumidores*. Nota introdutória para discussão no âmbito do Comitê de Defesa dos Usuários de Telecomunicações da Anatel - CDUST. Setembro, 2019.

IDEC. *Internet e pandemia: ações de operadoras são insuficientes*, 05 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3MQp5ct>. Acesso em: 10 abr. 2022.

LEFÈVRE, Flávia. Zero-rating - A Internet dos Pobres. *Liberdade e direitos na Internet e nas telecomunicações*, 5 março 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3KKgKpr>. Acesso em: 18 nov. 2021.

LEFÈVRE, Flávia. Zero-rating, planos de serviço limitados e o direito de acesso à Internet. *poliTICs* - Instituto Nupef, n. 21, ago. 2015.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Neutralidade da rede e proteção do consumidor no contexto pandêmico. *Revista Consultor Jurídico*, 16 de junho de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3kHHrjP>. Acesso em: 31 out. 2021.

LUPION, Ricardo. O sonho da liberdade econômica, o pesadelo da pandemia do covid-19 e a empresa resiliente. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, 2020.

MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. 30 anos de código de defesa do consumidor: revisando a teoria geral dos serviços com base no CDC em tempos digitais. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de (Org.). *Direito do Consumidor - 30 anos do CDC*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. A Lei n. 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 125, a. 28, p. 17-62, set./out. 2019.

PASQUALOTTO, Adalberto. Valor e desvalor da livre iniciativa. *civilística. com*, v. 8, n. 3, p. 1-29, 2019.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. Zero-rating: uma introdução ao debate. *poliTICs - Instituto Nupef*, n. 21, ago. 2015.

REPORT: The Net Neutrality Situation in the EU Evaluation of the First Two Years of Enforcement. *Epicenter.Works*, 29 jan. 2019. p. 31-32. Disponível em: <https://en.epicenter.works/document/1522>. Acesso em: 30 out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. O direito humano e fundamental de acesso à internet. *Revista Consultor Jurídico*, 12 nov. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3vHKfUn>. Acesso em 30 abr. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. A fundamentalidade subordinada do direito de acesso à internet no cenário jurídico-constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 7, n. 2, p. 240-263, 2020.

13. A ATUAÇÃO REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR NA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-13>

Douglas Roberto Winkel Santin¹

RESUMO

Trata-se de estudo que se propõe a investigar o papel da atuação regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) na proteção dos usuários de plano de saúde com transtorno do espectro autista. Tem-se por objetivo estabelecer o papel regulatório da ANS no âmbito da tutela administrativa do consumidor, bem como apontar para a importância da atuação regulatória dessa agência na efetividade dos direitos dos consumidores de planos de saúde, secundariamente, busca ainda apurar a influência das normas regulatórias da mencionada agência nas decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do fornecimento de terapias às pessoas com transtorno do espectro autista. O método adotado é o hipotético-dedutivo, com abordagens de pesquisa bibliográfica e de jurisprudência.

Palavras-chave: Consumidor; Transtorno do espectro autista; Tutela administrativa; Regulação; Agência Nacional de Saúde Suplementar.

ABSTRACT

This is a study that proposes to investigate the role of the regulatory action of the National Supplementary Health Agency (ANS) in the protection of health plan users with autistic spectrum disorder. The objective is to establish the regulatory role of the ANS in the scope of the administrative protection of the consumer, as well as to point out the importance of the regulatory action of this agency in the effectiveness

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas. E-mail: drwsantin@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9441018237459184>. Orcid: 0000-0002-4420-6225.

of the rights of consumers of health plans, secondarily, it also seeks to determine the influence of the norms of the aforementioned agency in the decisions of the Superior Court of Justice about the provision of therapies to people with autistic spectrum disorder. The method adopted is the hypothetical-deductive, with approaches of bibliographic research and jurisprudence.

Keywords: Consumer; Autism spectrum disorder; Administrative guardianship; Regulation; National Supplementary Health Agency

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A proteção dos consumidores com transtorno do espectro autista; 3. A proteção administrativa dos consumidores e a atuação regulatória da Agência Nacional de Saúde; 4. A influência das normas regulatórias da Agência Nacional de Saúde Suplementar nas decisões do Superior Tribunal de Justiça; 5. Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo que se propõe a investigar o papel da atuação regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) na proteção dos usuários de plano de saúde com transtorno do espectro autista.

Com efeito, o transtorno do espectro autista é um transtorno do neurodesenvolvimento cujo tratamento envolve a intervenção terapêutica precoce, de alta intensidade e longa duração, mediante terapias multidisciplinares.

Ocorre que as operadoras de planos de saúde, na posição de fornecedoras, adotam cláusulas e práticas visando restringir os tratamentos terapêuticos necessários ao desenvolvimento de pacientes com autismo.

De outro aspecto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) se omite em especificar o rol de tratamentos para cobertura das Operadoras dos Planos de Saúde em relação às pessoas com transtorno do espectro autista, situação da qual as operadoras de planos de saúde se utilizam como fundamento para restringir ou recusar o devido tratamento desses consumidores hipervulneráveis.

Mencionada problemática tem ocasionado inúmeras atuações do Ministério Público Federal, em várias unidades da federação, relativamente ao tema, conforme dão mostra: a Ação Civil Pública de autos n. 105197-60.2019.4.01.3500, ajuizada pela Procuradoria Regional de Goiás, e que tramita na 2.^a Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Goiás; bem como a Recomendação n.º 6/2020, da Procuradoria da República no Estado de Alagoas.

O presente estudo tem por objetivo estabelecer o papel regulatório da ANS no âmbito da tutela administrativa do consumidor, bem como apontar para a importância da atuação regulatória dessa agência na efetividade dos direitos dos consumidores de planos de saúde, secundariamente, busca ainda apurar a influência das normas regulatórias da mencionada agência nas decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do fornecimento de terapias às pessoas com transtorno do espectro autista.

O método adotado é o hipotético-dedutivo, com abordagens de pesquisa bibliográfica e de jurisprudência. Trata-se de pesquisa em estágio ainda inicial, tendo sido estabelecidos os marcos doutrinários e normativos indispensáveis ao desenvolvimento do tema, bem como a seleção preliminar de julgados que tem na atuação da ANS seu ponto de debate central.

2 A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

O transtorno do espectro autista é um transtorno do neurodesenvolvimento caracterizado por dificuldades de comunicação, dificuldade de interação social, bem como pela presença de comportamentos e/ou interesses repetitivos ou restritos. Tais sintomas configuram o núcleo do transtorno, podendo a gravidade de sua apresentação variar de indivíduo para indivíduo. Trata-se de um transtorno pervasivo e permanente, para o qual não há cura, ainda que a intervenção precoce possa alterar o prognóstico e suavizar os sintomas.²

Salienta-se que, de acordo com a Lei n.º 12.764, de 27 de dezembro de 2012, artigo 1.º, §2.º, "a pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa

² SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. *Manual sobre Transtorno do Espectro do Autismo*. Porto Alegre: SBP, 2019.

com deficiência, para todos os efeitos legais”, afastando-se, assim, qualquer questionamento acerca da condição da pessoa com transtorno do espectro autista enquanto pessoa com deficiência. O mesmo diploma legal assegura ainda o direito ao diagnóstico precoce e a obrigatoriedade do fornecimento de atendimento multiprofissional ao paciente (artigo 3.º, inciso III, alíneas “a” e “b”).

Com efeito, o tratamento para pacientes com transtorno do espectro autista envolve a intervenção precoce, de alta intensidade e longa duração, mediante trabalho de equipe multidisciplinar, notadamente: psicólogos, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais, psicopedagogos, assistentes sociais, fisioterapeutas, educadores físicos, entre outros³.

Nada obstante, as operadoras de planos de saúde adotam cláusulas e práticas visando restringir estes tratamentos terapêuticos necessários ao desenvolvimento de pacientes com autismo.

De outro aspecto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) se omite em especificar o rol de tratamentos para cobertura das Operadoras dos Planos de Saúde em relação às pessoas com transtorno do espectro autista, situação da qual as entidades privadas se utilizam como fundamento para restringir ou recusar o devido tratamento desses consumidores hipervulneráveis. Indaga-se, no entanto, se tais condutas se afiguram ilegais ou abusivas em face da ordem jurídica brasileira. Mencionada problemática tem ocasionado inúmeras atuações do Ministério Público Federal, em várias unidades da federação, relativamente ao tema, conforme dão mostra: a Ação Civil Pública de autos n. 105197-60.2019.4.01.3500⁴, ajuizada pela Procuradoria Regional de Goiás, e que tramita na 2.ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Goiás; bem como a Recomendação n.º 6/2020, da Procuradoria da República no Estado de Alagoas⁵.

De igual forma, o tema é objeto de debate no âmbito dos Tribunais Superiores, havendo julgados do Superior Tribunal de Justiça sinalizando a abusividade da conduta de operadoras de plano de saúde que recusam ou restringem tratamento a

³ SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. *Manual sobre Transtorno do Espectro do Autismo*. Porto Alegre: SBP, 2019.

⁴ BRASIL. Ação Civil Pública n. 1005197-60.2019.4.01.3500, de 12/06/2019. Brasil, 2019.

⁵ BRASIL. Procuradoria da República no Estado de Alagoas. *Recomendação n.º 6/2020, de 25 de agosto de 2020*.

usuários com autismo (AgInt no AREsp 1800230/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 25/09/2021⁶; AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Min. João Noronha, julgado em 16/02/2016⁷). Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a orientação preliminar e pontual (relativa a caso concreto e individual) mostra-se desfavorável ao pleito desses consumidores (ARE 1281938/RS, Rel. Min. Dias Toffoli⁸).

⁶ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO ONCOLÓGICO. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RECUSA ABUSIVA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VALOR RAZOÁVEL. MULTA POR EMBARGOS PROTETATÓRIOS. AFASTAMENTO. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. Agravo interno contra decisão da Presidência que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial. Reconsideração. 2. É possível que o plano de saúde estabeleça as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado, sendo abusiva a negativa de cobertura do procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para sua realização de acordo com o proposto pelo médico. Precedentes. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que "a recusa injusta de plano de saúde à cobertura do tratamento médico a que esteja contratualmente obrigado enseja reparação por dano moral, uma vez que gera aflição e angústia para o segurado, o qual já se encontra fragilizado pela doença" (AgRg no AREsp 685.839/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe de 09/06/2015). 4. O valor arbitrado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais somente pode ser revisado em sede de recurso especial quando irrisório ou exorbitante. No caso, o montante fixado em R\$15.000,00 (quinze mil reais) não é exorbitante nem desproporcional aos danos causados ao autor, que teve negado indevidamente o fornecimento de medicamento indispensável para seu tratamento oncológico. 5. A oposição de embargos de declaração, com nítido fim de prequestionamento, não possui caráter protelatório, não ensejando a aplicação da multa prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, nos termos da Súmula 98/STJ. 6. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, afastando-se a multa do art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. (AgInt no AREsp 1800230/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2021, DJe 15/10/2021).

⁷ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO MÉDICO. DOENÇA PREVISTA NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO NÃO PREVISTO NO ROL DA ANS. ROL EXEMPLIFICATIVO. COBERTURA MÍNIMA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. SÚMULA N. 83 DO STJ. DANO MORAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO SUFICIENTE POR SI SÓ PARA A MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 283 DO STF. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA N. 182/STJ. 1. Não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde. 2. O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor. 3. É inviável agravo regimental que deixa de impugnar fundamento da decisão recorrida por si só suficiente para mantê-la. Incidência da Súmula n. 283 do STF. 4. "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada" (Súmula n. 182 do STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido. (AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016).

⁸ DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário com agravo contra decisão de inadmissão do recurso extraordinário. O apelo extremo foi interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional. O acórdão recorrido ficou assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA. IPERGS. TRATAMENTO PARA AUTISMO. FORNECIMENTO DE EQUIPE MULTIDISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE COBERTURA. O recurso interposto nos autos de ação de obrigação de fazer, onde alega o autor, menor impúbere, negativa de fornecimento de tratamento pelo IPÊ-SAÚDE se insere na subclasse

Dentre os argumentos utilizados para confrontar as operadoras de planos de saúde, encontra-se o de que a limitação ao tratamento de pessoas com transtorno do espectro autista não encontra abrigo no ordenamento jurídico pátrio, o qual prima pelo direito fundamental à saúde – consectário do próprio princípio fundante da dignidade da pessoa humana – que encontra expressa menção no artigo 6.º e 196 da Constituição Federal.

A mesma carta Magna autoriza a exploração privada da prestação de serviços de Saúde, em seu artigo 197. Entretanto, enquanto atividade econômica de relevância

Previdência Pública. Busca o autor com a presente demanda a prestação pelo IPERGS de cobertura integral para o tratamento de autismo, com fornecimento de equipe multidisciplinar. O IPÊ-SAÚDE é um plano de saúde de natureza pública, de participação voluntária do servidor estadual e com cobertura determinada na lei e atos administrativos da autarquia, fundamentado nos princípios da coparticipação financeira do usuário e livre escolha dentre os profissionais ou entidades credenciadas. O usuário que opta em aderir ao plano de saúde e recolher as contribuições mensais demonstra estar de acordo com as normas e cobertura do plano contratado. Caso em que não há cobertura no plano IPÊ-SAÚDE para a enfermidade que acomete o demandante. Preliminar desacolhida. Apelação provida, prejudicada a remessa necessária. Opostos os embargos de declaração, foram rejeitados. No recurso extraordinário sustenta-se violação do(s) art.(s) 6º, 194 e 196 da Constituição Federal. Decido. Analisados os autos, verifica-se que a afronta aos dispositivos constitucionais suscitados no recurso extraordinário seria, se ocorresse, indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o apelo extremo. Ademais, o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos e das cláusulas do contrato celebrado entre as partes, o que se mostra incabível em sede extraordinária. Incidência das Súmulas 279, 280 e 454 desta Corte. Sobre o tema, a propósito: "Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito do Consumidor. Plano de saúde. Procedimento. Fertilização in vitro. Cobertura. Discussão. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Cláusulas contratuais. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame de cláusulas contratuais. Incidência das Súmulas nºs 636 e 454/STF. 2. Agravo regimental não provido. 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita." (ARE 1.174.035 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli (Presidente), DJe de 25/2/2019) "DIREITO DO CONSUMIDOR. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL, NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS E CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 279 E 454/STF. 1. Dissentir da conclusão do acórdão recorrido implica, necessariamente, análise da legislação infraconstitucional aplicada ao caso, nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula 279/STF), bem como o reexame de cláusulas contratuais (Súmula 454/STF), providências vedadas nesta fase processual. 2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015." (ARE 1.053.341 AgR-segundo, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 06/08/2019) Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (alínea c do inciso V do art. 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observado os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita (ARE 1281938/RS, decisão em 27/08/2020, Rel. Min. Dias Toffoli)

pública, a exploração privada de serviços de saúde está sujeita aos ditames do artigo 170 da Constituição Federal, o qual estabelece que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna (leia-se: atenção ao valor fundante da dignidade da pessoa humana), devendo observar, entre outros, o princípio da defesa do consumidor.

No que diz respeito às situações que envolvem pessoas com deficiência, impositivo destacar ainda que a República Federativa do Brasil é signatária da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual foi ratificada pelo Congresso Nacional, na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, com status de norma constitucional. Esta convenção traz com especial destaque, em seu artigo 5, o denominado princípio da não-discriminação:

Artigo 5 – Igualdade e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.
3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.
4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

Também enfatizando o princípio da não discriminação, o mesmo diploma convencional, em seu artigo 25, alínea “e”, ao tratar do direito à saúde, dispõe que os Estados signatários “proibirão a discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida, caso tais seguros sejam permitidos pela legislação nacional, os quais deverão ser providos de maneira razoável e justa”.

Salienta-se, ainda, que a prestação de serviços de saúde por operadoras de planos de saúde configura uma atividade de relevância pública, sujeitando-se aos

limites do interesse coletivo, consoante fixado pelo Estado brasileiro por meio de normas convencionais, constitucionais e infraconstitucionais.

De outro aspecto, é de destacar que a relação entre as operadoras de planos de saúde e seus contratantes configura relação de consumo. Nesse sentir, inclusive, é o enunciado n.º 469 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, conforme o qual “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

No âmbito desta peculiar relação de consumo, tem-se por especialmente relevante o princípio da proteção da confiança⁹. De fato, com muito mais intensidade que em outras modalidades de serviços, ao contratar um plano privado de assistência à saúde, o consumidor tem a expectativa legítima de que encontrará amparo dos serviços da operadora quando deles assim necessitar¹⁰. Trata-se de contratação na qual surge, de imediato, para o consumidor, uma relação de confiança de que a operadora, no atinente à cobertura contratada, não irá faltar-lhe no momento que se deparar com a necessidade de tratamentos médicos e terapias¹¹.

Outrossim, vale frisar que as pessoas com deficiência configuram consumidores hipervulneráveis¹², eis que, além da vulnerabilidade decorrente de sua posição de consumidores, são também vulneráveis enquanto pessoas com deficiência, contexto no qual carecem de especial proteção normativa e institucional visando assegurar a plenitude de seus direitos frente a restrições abusivas.

3 A PROTEÇÃO ADMINISTRATIVA DOS CONSUMIDORES E A ATUAÇÃO REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE

O Código do Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, enfeixa um microssistema jurídico na medida em que se vale das diferentes tutelas jurídicas –

⁹ AZEVEDO, Fernando Costa de. O direito do consumidor e seus princípios fundamentais. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)*, Dossiê Consumo e Vulnerabilidade: a proteção jurídica dos consumidores no século XXI, v. 03, N. 1, Jan-Jun., 2017.

¹⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de Saúde e Direito do Consumidor. *In: MARQUES, Cláudia Lima e outros (orgs). Saúde e Responsabilidade 2 – a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

¹¹ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Seguro-Saúde e abuso de direito. *In: MARQUES, Claudia Lima (org.). Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2011.

¹² NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 76, p.13-45, 2010.

civil, penal, jurisdicional e administrativa – com o intuito de cumprir seu escopo, qual seja, assegurar a defesa do consumidor enquanto parte vulnerável na relação jurídica de consumo.

De fato, a tutela jurídica do consumidor a partir da própria estrutura desenhada pelo estatuto consumerista pátrio se apresenta em quatro dimensões, a saber: civil, penal, jurisdicional e administrativa¹³. No âmbito civil, busca-se a prevenção e a repressão de danos extrapatrimoniais e patrimoniais, bem como a coibição das práticas abusivas dos fornecedores no mercado de consumo. No âmbito penal, elencam-se infrações penais criminalizadoras de condutas danosas aos consumidores. No âmbito jurisdicional, elencam-se normas processuais otimizadoras da proteção ao consumidor. E no âmbito administrativo busca-se a tutela jurídica dos consumidores por meio da atuação administrativa do poder Público, notadamente, a partir da atuação fiscalizatória (poder de polícia) e regulatória (poder normativo) dos órgãos de estado com atribuições para a defesa do consumidor.

No que pertine especificamente à tutela administrativa do consumidor, impende observar que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu o chamado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o qual coordena a atuação integrada de diferentes órgãos e entes público e privados para a promoção da defesa administrativa dos consumidores, conforme evidencia em seu artigo 105¹⁴.

E nesse ponto, cumpre ponderar o papel das agências reguladoras no âmbito dessa tutela administrativa do consumidor.

Com efeito, após o advento do Código de Defesa do Consumidor e especialmente ao longo da última década do século XX, o Brasil experimentou um conjunto de alterações e ordem jurídica e administrativa com o intuito de alterar o perfil da atuação estatal, superando-se o paradigma do Estado Interventor para um paradigma de Estado Gerencial. É nessa toada, que surgem as agências reguladoras,

¹³ AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 68, p. 38-90, 2008.

¹⁴ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor.

entidades autárquicas responsáveis pela regulação das atividades econômicas no âmbito de uma determinada seara¹⁵.

Na realização de seu escopo as agências reguladoras, nos termos de suas respectivas leis de criação e regência, exercem papel de proteção do interesse dos consumidores¹⁶. É assim com a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a qual nos termos do artigo 4.º da Lei 9961/2000, em seus incisos XI e XXXVI, tem por atribuições estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados aos consumidores de operadoras de planos de saúde, bem como articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde.

Nesse sentir, é o pensamento do professor Fernando Costa de Azevedo, para o qual as agências reguladoras inclusive integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor:

As agências reguladoras, embora não desempenhem apenas atividades de proteção ao consumidor, integram o SNDC, muito embora não se submetam ao disposto no art. 5º do Dec. 2181/1997, que confere ao DPDC a prerrogativa de decidir eventual conflito de competência entre os órgãos do SNDC que estão diretamente vinculados à defesa do consumidor. Nesse caso, as agências reguladoras tem asseguradas a autonomia conferida pela legislação específica que lhes instituiu¹⁷.

Efetivamente, na medida em que exercem um papel fiscalizatório e regulatório das atividades econômicas, bem como atuam para a garantia da qualidade da prestação dos serviços regulados, e para a proteção dos consumidores de tais serviços, tem-se que as agências reguladoras integram encontram-se articuladas

¹⁵ AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do consumidor e regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹⁶ AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 68, p. 38-90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁷ AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 68, p. 38-90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

junto ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

4 A INFLUÊNCIA DAS NORMAS REGULATÓRIAS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR NAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não bastasse o papel da Agência Nacional de Saúde no âmbito da tutela administrativa dos consumidores de planos privados de assistência à saúde, verifica-se que é cada vez mais relevante a influência de sua atividade regulatória nas decisões judicial envolvendo conflitos entre os usuários e as operadoras de planos de saúde, em especial no que refere às decisões do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

[...] o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar questões relacionadas com o cumprimento da legislação federal de contratos de plano de saúde, notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9656, de 1998, tem observado o dever de deferência às normas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. O fato de tais contratos sujeitarem-se à lei especial e à legislação consumerista não tem sido obstáculo a que essa alta Corte leve em conta a regulação setorial. Ao contrário, observa-se claramente dos julgados analisados que há sempre preocupação em estabelecer a indispensável relação entre os comandos legais e as prescrições regulamentares.¹⁸

E ainda:

Esse diálogo com a atividade regulatória e sua detalhada produção normativa é constitutivo e indissociável da fundamentação das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre saúde suplementar, ainda que por vezes resulte em controle de legalidade da norma infralegal, que lhe restringe o alcance, e, por outras, leve a interpretação ampliativa. De todo

¹⁸ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A relevância do poder regulatório da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) nos litígios entre operadoras e beneficiários de planos de saúde, especialmente na jurisprudência do STJ. In: BOAS, Marco Villas; CECHIN, José (orgs.). *Judicialização De Planos De Saúde: Conceitos, Disputas E Consequências*. Palmas: Editora Esmat, 2020.

modo, na imensa maioria dos casos examinados, constata-se estrita aderência das decisões judiciais às normas regulatórias.¹⁹

De fato, a análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca de conflitos entre usuários-consumidores e operadoras-fornecedoras de serviços de planos de saúde evidencia a presença constante das normas regulatórias da Agência Nacional de Saúde Suplementar como importante balizador técnico das decisões.

E, assim, seja pelo papel que exercem enquanto balizador técnico a orientar decisões judiciais, seja pela própria e reconhecida influência que exercem na orientação jurisprudencial da corte responsável por unificar a interpretação da legislação federal – Superior Tribunal de Justiça – verifica-se a inquestionável relevância das normas regulatórias da Agência Nacional de Saúde Suplementar para a efetividade dos direitos dos usuários-consumidores de planos de saúde.

Nesse ponto, exsurge, pois, o impacto dessa atuação regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar quanto ao específico segmento de consumidores hipervulneráveis representado pelos usuários-consumidores de planos de saúde com transtorno do espectro autista na relação de consumo estabelecida frente às operadoras de planos de saúde.

Com efeito, conforme já mencionado os usuários-consumidores de planos de saúde com transtorno do espectro autista se deparam com constantes práticas abusivas das operadoras de planos de saúde que, sob o influxo de razões econômicas e de maximização de lucros, adotam práticas abusivas restringindo o acesso a determinadas terapias e/ou restringindo a quantidade de sessões requisitadas pelo médico.

Nesse cenário verifica-se, de um lado, a existência e importância da atividade regulatória da ANS para coibição da restrição de sessões terapêuticas²⁰. Com efeito, a partir da Resolução Normativa 469/2021, fixou a agência reguladora regra

¹⁹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A relevância do poder regulatório da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) nos litígios entre operadoras e beneficiários de planos de saúde, especialmente na jurisprudência do STJ. In: BOAS, Marco Villas; CECHIN, José (orgs.). *Judicialização De Planos De Saúde: Conceitos, Disputas E Consequências*. Palmas: Editora Esmat, 2020.

²⁰ Anexo II (Diretrizes de Utilização) da Resolução Normativa nº 465/2021, que dispõe sobre as coberturas obrigatórias para beneficiários de planos de saúde (Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde), conforme redação dada pela Resolução Normativa nº 469, todas da ANS.

assegurando número ilimitado de sessões com psicólogos, terapeutas ocupacionais e fonoaudiólogos para o tratamento de pessoas com transtorno do espectro autista.

Por outro viés, constata-se que a ausência de regulações claras dá margem a comportamentos abusivos das operadoras de planos de saúde, especialmente no que refere a ausência de normas regulatórias acerca da observância de cobertura de técnicas terapêuticas específicas e comprovadamente eficazes no tratamento de pessoas com transtorno do espectro autista, tais como: Análise do Comportamento Aplicada (ABA), Modelo Denver, terapia de integração sensorial, entre outras²¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo se logrou estabelecer os delineamentos da atuação regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar enquanto manifestação da tutela administrativa do consumidor, bem como apontar para a importância dessa atuação regulatória para a efetividade dos direitos dos consumidores de planos de saúde.

Outrossim, verificou-se ainda a influência das normas regulatórias da mencionada agência nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que se afiguram como importantes balizadores técnicos para a formação da convicção dos julgados diante de conflitos entre os usuários-consumidores de planos de saúde e as respectivas operadoras de planos de assistência privada à saúde.

Tal questão ganha ainda maior relevo quando referente ao específico segmento de consumidores hipervulneráveis representado pelos usuários-consumidores de planos de saúde com transtorno do espectro autista na relação de consumo estabelecida frente às operadoras de planos de saúde. Isso porque esses consumidores se deparam com constantes práticas abusivas das operadoras de planos de saúde que, sob o influxo de razões econômicas e de maximização de lucros, adotam práticas abusivas restringindo o acesso a determinadas terapias e/ou restringindo a quantidade de sessões requisitadas pelo médico, as quais são

²¹ SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. *Manual sobre Transtorno do Espectro do Autismo*. Porto Alegre: SBP, 2019.

indispensáveis ao pleno desenvolvimento desses pacientes dada sua peculiar condição.

Por fim, apontou-se para dois cenários em que a atuação regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar encontra especial relevância para os consumidores com transtorno do espectro autista. De um lado, com atuação positiva para a proteção deste grupo, na adoção de normativas que assegurem às pessoas com transtorno do espectro autista a realização de terapias paramédicas – fonoaudiológicas, psicológicas e de terapia ocupacional – sem limitações de sessões. De outro lado, e de dimensão prejudicial, dando espaço para condutas abusivas na medida em que deixa de estabelecer normativas explícitas que assegurem aos consumidores com transtorno do espectro autista o acesso a intervenções terapêuticas específicas e cientificamente comprovadas como eficazes para o desenvolvimento pleno das pessoas com transtorno do espectro autista.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fernando Costa de. O direito do consumidor e seus princípios fundamentais. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)*, Dossiê Consumo e Vulnerabilidade: a proteção jurídica dos consumidores no século XXI, v. 03, n. 1, Jan-Jun., 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/artcle/view/11960>. Acesso em: 20 out. 2021.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 68, p. 38-90, 2008.

AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do consumidor e regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. *Ação Civil Pública n. 1005197-60.2019.4.01.3500, de 12/06/2019*. Brasil, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/noticias-go/mpfquer-que-agencia-nacional-de-saude-suplementar-defina-protocolos-clinicosespecificos-para-tratamento-do-autismo>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Procuradoria da República no Estado de Alagoas. *Recomendação n.º 6/2020, de 25 de agosto de 2020*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/al/sala-deimprensa/noticias-al/mpf-recomenda-adequacao-de-protocolo-da-ans-para-otratamento-do-autismo-em-alagoas>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *AgRg no AREsp 708.082/DF*. Rel. Ministro João Otávio De Noronha, 16/02/2016, DJe 26/02/2016. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *AgInt no AREsp 1800230/RJ*. Rel. Ministro Raul Araújo, 20/09/2021, DJe 15/10/2021. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1281938/RS*. Rel. Min. Dias Toffoli, 27/08/2020. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 out. 2021

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A relevância do poder regulatório da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) nos litígios entre operadoras e beneficiários de planos de saúde, especialmente na jurisprudência do STJ. In: BOAS, Marco Vilas; CECHIN, José. *Judicialização de planos de saúde: conceitos, disputas e consequências*. Palmas: Editora ESMAT, 2020.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Seguro-Saúde e abuso de direito. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). *Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor*. São Paulo: RT., 2011.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 76, p.13-45.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de Saúde e Direito do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima e outros (orgs). *Saúde e Responsabilidade 2 – a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Rodrigo César Falcão Cunha Lima de. *Universalização do acesso à saúde e regulação dos planos privados de assistência à saúde: a atuação regulatória da ANS como instrumento de harmonia contratual e viabilização do papel suplementar da iniciativa privada na efetivação do direito social à saúde*. Dissertação (Mestrado

em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2014.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. *Manual sobre Transtorno do Espectro do Autismo*. Porto Alegre: SBP, 2019. Disponível em: https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/Ped._Desenvolvimento_-_21775b-MO_-_Transtorno_do_Espectro_do_Autismo.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

14. PROTEÇÃO À SAÚDE E SEGURANÇA DO CONSUMIDOR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RESP 1.899.304/SP



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-14>

Pedro Aranalde Fabrício¹

Gabriel Amaral Lopes²

RESUMO

O presente estudo visa a analisar os pontos e ideias divergentes entre a doutrina, o ordenamento jurídico e os julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito da proteção à saúde e à segurança do consumidor, especificamente quanto ao dever de indenizar pela aquisição ou ingestão de produtos do gênero alimentício contaminados por corpo estranho. Fazendo uso de modelos de compreensão específicos (lógico-dedutivo), o artigo analisa, especialmente, os fundamentos dos votos proferidos no julgamento do REsp 1.899.304/SP pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, de modo a cotejar com os fundamentos e princípios da legislação e doutrina consumerista. Dessa forma, a relevância da investigação transcende os meandros teóricos, ao efeito de examinar as maneiras pelas quais a Corte visa garantir a preservação dos institutos de defesa do consumidor.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor; Proteção à Saúde e Segurança do Consumidor; Superior Tribunal de Justiça; REsp 1.899.304/SP.

¹ Especialista em Direito Civil e Processo Civil (FMP/RS). Pós-graduando LL.M. Proteção de Dados: LGPD e GDPR (FDUL - Portugal e FMP/RS). Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (GEDF), coordenado pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, vinculado à PUC/RS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Teoria do Direito: da academia à prática", coordenado pelo Prof. Dr. Francisco Borges Motta, vinculado à FMP/RS. Bacharel em Direito (PUC/RS). E-mail: pedroafabricio@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1082331940460182>.

² Mestrando em Direito (FMP/RS). Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Teoria do Direito: da academia à prática", coordenado pelo Prof. Dr. Francisco Borges Motta, vinculado à FMP/RS. Bacharel em Direito (PUC/RS). Assessor de Desembargador do TJRS. E-mail: gabriel_a_lopes@hotmail.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2668498201743642>.

ABSTRACT

This paper pretends to discuss the diverging points and ideas between the Brazilian legal system and the Superior Court of Justice's jurisprudence about the health's protection and consumers' safety, specially about the duty of indemnify because acquired or ingested food contaminated by stranger body. Using specific methods of comprehension (logical-deductive), this paper analyzes the sustained fundamentals of the Ministers' votes on the judgment of REsp 1.899.304/SP, pronounced by the Second Session of the Court, relating the votes with the principles of consumerist law and doctrine. This way, the investigations' relevance is beyond theories, exploring in which ways Superior Court of Justice pretends to secure the preservation of consumer protection institutes.

Keywords: Consumer Protection Code; Consumers' safety and security protection. Superior Court of Justice; REsp 1.899.304/SP.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Dano à saúde e segurança do consumidor na perspectiva do Superior Tribunal de Justiça; 2.1. Enfrentamento do REsp 1.899.304/SP; 2.2. Debates futuros; 3. Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil objetiva evoluiu categoricamente de acordo com as novas necessidades dos tempos modernos. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em especial, houve um incremento do reconhecimento do dano injusto, em passagem do ato ilícito (considerado, antes, o centro da responsabilidade civil), sendo notável, portanto, a ligação do instituto com os direitos fundamentais da pessoa humana. A preocupação do legislador com a figura do consumidor – através do reconhecimento da fraqueza ou debilidade do

sujeito na relação jurídica³ –, entretanto, não é suficiente, por si só, para a concretização dos objetivos normativos, tendo em vista que a forma de compreensão e interpretação do juiz são fatores primordiais para a efetiva tutela adequada à proteção do sujeito vulnerável.

Dessa maneira, o estudo pretende responder quais são os critérios de avaliação para a caracterização do dano moral nas hipóteses de aquisição de alimento contaminado com corpo estranho. A justificativa da pesquisa, portanto, centra-se no fato de que a investigação da fundamentação das decisões judiciais a respeito do tema contribui diretamente para a outorga de unidade ao direito, através do posicionamento da Corte, de forma que favorece, também, à segurança jurídica e à progressão da clareza e atualização do tema para a comunidade jurídica.

O método de pesquisa utilizado foi lógico-dedutivo, valendo-se da base normativa atual em relação à proteção do consumidor, e doutrinas – com enfoque no Direito do Consumidor, no Direito Civil, no Direito Processual Civil e no Direito Constitucional, sob a perspectiva da teoria do diálogo das fontes. O objetivo, portanto, foi pesquisar e demonstrar a contribuição das decisões judiciais para o desenvolvimento e acolhimento das normas protetivas ao consumidor na perspectiva do diálogo doutrinário, de modo a analisar os pontos e ideias divergentes a respeito da proteção à saúde e à segurança do consumidor, especificamente quanto ao dever de indenizar pela aquisição ou ingestão de produtos do gênero alimentício contaminados por corpo estranho, revisando bibliografias e comparando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, no capítulo inicial, se pretende demonstrar os principais aspectos e conceitos acerca da proteção à saúde e à segurança do consumidor analisando, nesse sentido, as acepções da doutrina, de modo a examinar, nos capítulos posteriores, os principais argumentos da divergência jurisprudencial acerca do tema, com a observação posterior do entendimento pacificado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, se verifica os critérios utilizados para averiguação do dano moral em tais hipóteses, concluindo a apresentação da pesquisa com os possíveis debates futuros e os principais pontos dialogados.

³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 66.

2 DANO À SAÚDE E SEGURANÇA DO CONSUMIDOR NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Direito do Consumidor traz em sua base principiológica o reconhecimento da vulnerabilidade legal absoluta do consumidor, ou seja, a presunção de “fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições⁴”, na medida que tal figura não possui poderes iguais ao fornecedor. Para tanto, o Código de Defesa do Consumidor protege o consumidor de produtos que coloquem em risco sua saúde e segurança⁵, tendo em vista que, com o notório desenvolvimento tecnológico e científico dos fabricantes, se torna cada vez mais comum a confecção de produtos em grande escala, ocasionando, conseqüentemente, defeitos – fatos e vícios – na mesma proporção.

Importa analisar, ainda, o dano moral, em sentido estrito, que acarreta o dever de indenizar, o qual trata de violação do direito à dignidade⁶, ou seja, lesões a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social que participa da vida em sociedade⁷. Assim, se compreende como morais os danos relacionados à subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, os quais atingem os aspectos íntimos da personalidade humana⁸.

Diante da forte influência dos sistemas norte-americano e europeu no projeto de Código de Defesa do Consumidor, se introduziu o fundamento da responsabilidade objetiva determinada ao fornecedor de produtos ou serviços⁹. Conforme dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, o fabricante,

⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 66.

⁵ 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. (BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.)

⁶ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 76-77.

⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1426710/RS*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em outubro de 2016, DJe 09 novembro 2016.

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 41.

⁹ MARQUES, Claudia de Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Editora: Revista dos Tribunais, 2022.

responsável pelo fato (acidente de consumo¹⁰) do produto, apenas se exime da responsabilidade objetiva – aquela que prescinde de culpa – nas hipóteses em que comprovar não ter colocado o produto no mercado, que o defeito inexistiu, ou que a culpa é exclusiva do consumidor/terceiro¹¹, tendo em vista a violação de um dever de segurança esperado legitimamente pelo consumidor¹². Nesse sentido, o fornecedor dos produtos e serviços colocados no mercado possui o dever de observar uma “qualidade-segurança”, bem como uma “qualidade-adequação”, de tal modo que há um mandamento de proteção da confiança (*Vertrauensgebot*) depositada pelo consumidor no produto, em especial à sua segurança razoavelmente esperada. Ainda, se pode afirmar que, mais do que atividade de risco (*cujus commodum ejus periculum*), há um verdadeiro dever geral de segurança dos produtos¹³. Dessa forma, ao tratar de indústria alimentícia, qualquer defeito do produto ou serviço, por óbvio, se torna mais preocupante, ao passo que extrapola a mera possibilidade de risco à saúde e segurança do consumidor devido às proporções que tais danos possam ocasionar à pessoa que o consome¹⁴.

De outra banda, sob a perspectiva da teoria do diálogo das fontes¹⁵, vale frisar que, com a evolução histórica do processo civil – associada culturalmente a um modo de ver e trabalhar com o processo – levando em conta a atual fase processual, sob a ótica do Estado Constitucional e dos avanços teóricos a respeito dos direitos

¹⁰ A expressão “fato” é criticada por parte da doutrina brasileira, de modo que há a utilização da expressão “acidente de consumo”, tendo em vista a confusão entre “fato” na perspectiva do Direito Civil. Nesse sentido: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 109.; MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. Entretanto, outra parte da doutrina mantém a utilização da primeira expressão, especialmente em razão da própria opção do legislador. Desse modo: MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4 ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 727.

¹² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

¹³ MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Editora: Revista dos Tribunais, 2022.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 669.

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Diálogo das Fontes: Novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020; MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto. *O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

fundamentais, delineados pelas expressões “formalismo-valorativo¹⁶” e “neoprocessualismo¹⁷”, o Código de Processo Civil vigente impôs o dever de fundamentação das decisões judiciais¹⁸ e, em especial, técnicas repressivas e preventivas que buscam outorgar unidade ao direito¹⁹. Nesse sentido, sob o ponto de vista do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas²⁰, a partir do julgamento de casos que sirvam como precedentes, elas devem guiar a interpretação futura do direito para os magistrados das instâncias inferiores, a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico. Assim, a uniformização é encargo dos Tribunais de Justiça, que devem controlar a justiça da decisão dos casos a elas dirigidos²¹, razão pela qual interessa a análise do julgamento do REsp 1.899.304/SP para a melhor compreensão do tema estudado.

2.1 Enfrentamento do REsp 1.899.304/SP

Inicialmente, através do julgamento de diversos casos análogos, o Superior Tribunal de Justiça convergiu para o entendimento de que a ingestão de produto do gênero alimentício com corpo estranho, ainda que parcialmente, em condições impróprias, caracteriza dano moral *in re ipsa*.²² Entretanto, a Terceira Turma da Corte, evoluiu seu entendimento no sentido de que para a caracterização do dano não seria necessário a efetiva ingestão do alimento contaminado – considerando que, em tal

¹⁶ ALVARO OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil* - Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: do problema ao precedente: da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015* (Coord.) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹⁷ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 28-29.

¹⁸ BERGSTEIN, Laís; MUCELIN, Guilherme. A proteção do consumidor a partir da metodologia de fundamentação das decisões judiciais prevista no Código de Processo Civil de 2015. *In: MARQUES, Claudia Lima; REICHEL, Luis Alberto. Diálogos entre o direito do consumidor e o novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes - Da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²⁰ Sobre o tema: MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas - do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2021.

²¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes - Da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²² Nesse sentido: REsp 1.239.060/MG, 3ª Turma, DJe 18/05/2011; REsp 1.828.026/SP, 3ª Turma, DJe 12/09/2019; AgInt no AREsp 1.272.323/SP, 4ª Turma, DJe 20/11/2018; e, AgInt no AREsp 1.299.401/SP, 4ª Turma, DJe 25/02/2019.

situação, há exposição do consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, caracterizando-se o dano moral pela ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada²³ –, ao passo que a Quarta Turma do STJ manteve o entendimento inicial de que o dano somente há dano nos casos em que o consumidor ingeriu o alimento, com o argumento de que a simples aquisição do produto contaminado não gera a presunção de responsabilidade civil objetiva do fabricante²⁴.

Por essa razão, o REsp 1.899.304/SP²⁵ foi afetado a julgamento pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que a Corte unificasse a interpretação da lei federal e o entendimento das Turmas de Direito Privado. Nessa linha, por maioria, a Corte consolidou entendimento no sentido de que a presença de corpo estranho em alimento acarreta dano moral, sendo irrelevante a sua efetiva ingestão – do alimento ou do próprio elemento estranho – à caracterização, porquanto potencialmente lesiva à saúde do consumidor a simples aquisição do produto.

A divergência foi aberta pelo Ministros Luis Felipe Salomão, no que foi acompanhado pelos Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira, fundamentadas, em síntese, em três perspectivas: (i) diferenciação entre fato e vício, (ii) comprovação do abalo físico ou moral e (iii) a preocupação na criação de indústria de dano moral, em especial este último aspecto, de modo a evitar o ajuizamento de ações em massa e possíveis fraudes. De outra banda, o voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi – acompanhada pela maioria – Ministros Paulo Sanseverino, Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro –, com ressalva de fundamentação pelo Ministro Marco Buzzi, tratou de demonstrar a evolução histórica do Direito Humano de Alimentação Adequada.

²³ Conforme: REsp 1.424.304/SP, 3ª Turma, DJe 19/05/2014; REsp 1.328.916/RJ, 3ª Turma, DJe 27/06/2014; AgRg no REsp 1.380.274/SC, 3ª Turma, DJe 19/05/2016; REsp 1.644.405/RS, 3ª Turma, DJe 17/11/2017; AgInt no REsp 1.558.010/MG, 3ª Turma, DJe 12/03/2018; REsp 1.744.321/RJ, 3ª Turma, DJe 08/02/2019; REsp 1.768.009/MG, 3ª Turma, DJe 09/05/2019; REsp 1.801.593/RS, 3ª Turma, DJe 15/08/2019; REsp 1.876.046/PR, 3ª Turma, DJe 07/08/2020 e AgInt no REsp 1.908.651/SC, 3ª Turma, DJe 25/03/2021.

²⁴ Nessa linha, os seguintes julgados: REsp 747.396/DF, 4ª Turma, DJe 22/03/2010; REsp 1.131.139/SP, 4ª Turma, DJe de 01/12/2010; AgRg no REsp 1.305.512/SP, 4ª Turma, DJe 28/06/2013; AgRg no AREsp 489.325/RJ, 4ª Turma, DJe 04/08/2014; AgRg no AREsp 445.386/SP, DJe 26/08/2014; AgRg no AREsp 489.030/SP, 4ª Turma, DJe 27/04/2015; AgInt no AREsp 1.018.168/SE, 4ª Turma, DJe 18/04/2017; AgInt no REsp 1.797.805/PR, 4ª Turma, DJe 06/06/2019; AgInt no REsp 1.877.119/MG, 4ª Turma, DJe 18/12/2020.

²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.899.304/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 25 agosto 2021, DJe 04 outubro 2021.

Por outro lado, o voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, tratou de analisar a tutela da segurança alimentar sob a dimensão evolutiva do conceito de direito humano à alimentação adequada (DHAA), bem como sob a ótica das lições doutrinárias acerca da proteção à saúde e segurança do consumidor, ao lado das hipóteses de responsabilidade civil.

Assim, já examinado o posicionamento da doutrina, importa verificar a análise da evolução do tema no sistema nacional.

De início, no plano internacional, a proteção da segurança alimentar do consumidor deu os primeiros passos através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²⁶, sendo melhor desenvolvido, posteriormente, o conceito de direito humano à alimentação adequada através do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966²⁷, assim como pelo Comentário Geral nº12 da ONU de 1999²⁸ – trazendo ao denominado direito humano à alimentação adequada (DHAA), caráter de direito fundamental, ou seja, garantia à alimentação saudável, de qualidade e em quantidade satisfatória. Já no plano nacional, a Emenda Constitucional nº 64 de 2010 e o Decreto 591 de 1992 positivaram as concepções internacionais, assim como o Código de Defesa do Consumidor, que criou, em 2006, o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – dividido em duas acepções principais: a uma, o direito ao acesso regular e permanente aos alimentos e, a duas, o direito à qualidade dos alimentos, que envolve especialmente o controle de risco para a saúde das pessoas.

Dessa forma, dos fundamentos utilizados no julgamento examinado, mereceu especial atenção a análise evolutiva supracitada, que auxiliam na compreensão do desenvolvimento dos institutos em debate, mormente na perspectiva do caráter de precedente que a decisão em tela adquiriu – contribuindo, desse modo, ao aperfeiçoamento do sistema consumerista.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova Iorque, 1948.

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Nova Iorque, 1966.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. *Comentário Geral 12*. Genebra, 1999

2.2 Debates futuros

Nessa ótica, ainda há grande dificuldade na definição de níveis toleráveis de risco a que o fornecedor pode submeter o consumidor de forma legítima, embora existam regulamentações que determinam a tolerância do descumprimento do dever de qualidade e higienização dos produtos alimentícios²⁹. Nessa senda, embora exista a flexibilização de determinados deveres, em hipótese alguma o fornecedor poderá deixar de observar as normas de transparência das informações³⁰, razão pela qual o argumento de que a presença de corpo estranho em determinado produto alimentício deverá observar estritamente a respectiva regulamentação e o dever prévio de informação ao consumidor. Em que pese o consumidor tenha a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, não se desconhece que, em razão da expressiva e notória industrialização da fabricação dos alimentos – que acarreta produções em massa e de maior dificuldade de fiscalização higiênica por assim dizer, o Estado padroniza procedimentos de controle que valora níveis de riscos aceitáveis no que diz respeito à tal produção.

O problema persiste, ainda, quanto a questões relativas à definição de corpo estranho, bem como à comprovação do potencial lesivo do alimento contaminado à saúde do consumidor - aspecto que influencia diretamente no *quantum* indenizatório a ser fixado pelo juiz. Quanto ao primeiro problema, embora a Corte Cidadã não tenha analisado na ocasião do Recurso Especial examinado, a observância dos critérios de tolerância supracitados caberá – a futuro debate –, de modo que a existência de substâncias que ultrapassem os limites tolerados - seja em termos quantitativos, seja em termos qualitativos –, exsurge o defeito do produto, por acarretar insegurança alimentar ao consumidor, tendo em vista que a evolução tecnológica da produção se dá também para com as ferramentas e possibilidades de controle sanitário e de qualidade dos produtos. Por outro lado, no que diz respeito ao segundo problema – do potencial lesivo do alimento contaminado –, caberá ao juiz de origem,

²⁹ Nesse sentido, as Resoluções: RDC nº 331/23 de dezembro de 2019, nº 7 de 18/02/2011 e nº 42 de 29/08/2013, que autorizam, respectivamente: microrganismos patogênicos como *Salmonella*, substâncias tóxicas produzidas por fungos e contaminantes inorgânicos, como arsênio e mercúrio.

³⁰ GRASSI NETO, Roberto. *Segurança alimentar: da produção agrária à proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.

diante do conjunto probatório nos casos concretos, analisar e valorar o grau de lesividade ocasionado ao consumidor pela aquisição - ou ingestão - do produto, sendo possível a inversão do ônus da prova³¹ para a melhor resolução das questões de fato, quando preenchido algum dos requisitos do art. 6º, VIII, do CDC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações expostas, se observou que o Superior Tribunal de Justiça unificou o entendimento de que a presença de corpo estranho em alimento acarreta dano moral indenizável, sendo irrelevante a sua efetiva ingestão – do alimento ou do próprio elemento estranho – à caracterização, porquanto potencialmente lesiva à saúde do consumidor a simples aquisição do produto. Nesse sentido, a partir do julgamento de casos que sirvam como precedentes, o sistema jurídico se aperfeiçoa de modo a considerar tais situações como guia a interpretações futuras, nos moldes da teoria do diálogo das fontes, sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil, do Código de Processo Civil e, em especial, da Constituição Federal.

Desse modo, o entendimento consolidado no julgamento do Recurso Especial examinado, apresenta avanço à tutela da segurança alimentar que deve ser celebrado, tendo em vista a observância das normas de proteção à saúde e segurança ao consumidor, de modo a impor ao fornecedor a necessidade de constante atenção e manutenção de nível de qualidade em conformidade com os padrões estabelecidos pelos órgãos reguladores. Conforme pesquisado, entretanto, as questões que ainda poderão ser objeto de debate que, da mesma forma, deverá observar estritamente os deveres de transparência informacional, especialmente quando relativos à critérios de flexibilização de deveres de qualidade e higiene dos produtos alimentícios, com base na proteção à saúde e segurança do consumidor.

³¹ Sobre o tema, Jorge Peyrano impulsionou os primeiros passos de desenvolvimento no meio hispano-americano: PEYRANO, Jorge W. *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. 1991. Ainda: MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, v. 86. p. 295-309, 1997.; DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. *Revista Jurídica*, n. 280, Fev./2001.; GIANNINI, Leandro. *New Insights on the "Dynamic Burden of Proof" Doctrine*. 2019.

REFERÊNCIAS

ALVARO OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil - Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVARO OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. *Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 11 set. 1990.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.899.304/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 25 agosto 2021, DJe 04 outubro 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.426.710/RS*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 25 outubro 2016, DJe 09 novembro 2016.

BERGSTEIN, Laís; MUCELIN, Guilherme. A proteção do consumidor a partir da metodologia de fundamentação das decisões judiciais prevista no Código de Processo Civil de 2015. In: MARQUES, Claudia Lima; REICHEL, Luis Alberto. *Diálogos entre o direito do consumidor e o novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. *Revista Jurídica*, n. 280, Fev./2001.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: 2007.

GIANNINI, Leandro. *New Insights on the "Dynamic Burden of Proof" Doctrine*. 2019.

GRASSI NETO, Roberto. *Segurança alimentar: da produção agrária à proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Editora: Revista dos Tribunais, 2022.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Diálogo das Fontes: Novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima; REICHELDT, Luis Alberto. *Diálogos entre o direito do consumidor e o novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima; REICHELDT, Luis Alberto. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto. *O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Novo Código de Processo Civil e o diálogo das fontes para a proteção do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; REICHELDT, Luis Alberto. *Diálogos entre o direito do consumidor e o novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *25 Anos do Código de Defesa do Consumidor*. Editora: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2021.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes - Da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, v. 86, p. 295-309, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova Iorque, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Nova Iorque, 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral 12*. Genebra, 1999

PEYRANO, Jorge W. *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. 1991

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

15.O FORNECEDOR "GATEKEEPER" NA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-15>

Ronaldo Guaranha Merighi¹

RESUMO

O presente artigo investiga a figura do fornecedor guardião de acesso ou "Gatekeeper", na economia de compartilhamento, ou *sharing economy*, analisando como há de ser feita a valoração do contrato do mundo pós-moderno digital desenvolvido por meio de plataformas de comércio eletrônico, chegando-se à conclusão de que o art. 3. do Código de Defesa do Consumidor já o contempla, pela pesquisa doutrinária realizada. Não obstante, sugere-se, ao ensejo do Projeto de Lei 3514/2015, a ampliação do art. 34, do CDC, para a inclusão expressa deste tipo de comércio.

Palavras-chave: fornecedor "gatekeeper"; economia de compartilhamento; contratos de consumo; plataformas digitais.

ABSTRACT

The present article investigates the figure of the guardian supplier or "Gatekeeper", in the sharing economy, analyzing how the valuation of the contract in the post-modern digital world developed through commerce platforms should be done electronically, coming to the conclusion that art. 3. of the Consumer Defense Code already contemplates it, through the doctrinal research carried out. Nevertheless, it is suggested, in view of the Bill 3514/2015, the expansion of art. 34, of the CDC, for the express inclusion of this type of trade.

¹ Graduado pela Universidade de São Paulo. Mestre pela Universidade de Franca e Doutorando pela Universidade Nove de Julho. Juiz de Direito no Estado de São Paulo e Professor Universitário em cursos de graduação e pós-graduação. E-mail: rgmerighi@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4608222311157004>. ORCID:<https://orcid.org/0000-0002-7946-5956>.

Keywords: "gatekeeper" supplier; sharing economy; consumer contracts; digital platforms.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Contratos de consumo e pós-modernidade digital; 3. Da confiança; 4. Economia do compartilhamento ou *Sharing Economy*; 5. O fornecedor guardião do acesso ou "Gatekeeper"; 6. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As plataformas digitais, tão presentes na vida de qualquer um que possua ao menos um celular com acesso à Internet, são em regra exploradas por gigantes da tecnologia. A tal ponto que pode se falar de um mercado específico, ou de uma economia, esta última denominada de economia colaborativa, *sharing economy*, *gig economy*, dentre outras nomenclaturas usadas. Pretende-se, pois, em uma perspectiva do Direito do Consumidor, uma investigação sobre esse fornecedor, protagonista da tal modalidade digital de contratação e a sua subsunção ao art. 3º do CDC. Com um estudo doutrinário partiremos da visão do fato contratual na pós-modernidade digital e a importância da *confiança* para chegarmos à investigação do fornecedor guardião de acesso das plataformas e seu enquadramento ao conceito legal de fornecedor. Sugeriremos, considerando o Projeto 3514/2015, a ampliação do art. 3º ou do art. 34, do CDC, para a que seja mencionada de forma expressa a responsabilidade solidária desse fornecedor e partiremos para as considerações finais.

2 CONTRATOS DE CONSUMO E PÓS-MODERNIDADE DIGITAL

Não há definição melhor do Direito, tanto pela sua profundidade como pela sua paradoxal simplicidade, do que a adotada por Miguel Reale. Para o *pai* do Código

Civil de 2002, como é cediço, Direito é *fato, valor e norma*². Desta feita, há de se reconhecer que o contrato como *fato social* vem sofrendo relevantes modificações históricas, inclusive ao longo do século XXI, dentre as quais a contratação *digital*, eletrônica ou por meio de plataformas, é uma bastante significativa.

Essa modalidade de contratação vem inserida no contexto do denominado *comércio eletrônico*, conceituado com a habitual felicidade por Newton de Lucca:

Pode-se dizer, então, de forma singela, que o comércio eletrônico nada mais é do que o conjunto das relações jurídicas celebradas no âmbito do espaço virtual que têm por objeto a produção ou circulação de bens ou de serviços. Por serem celebradas, como se disse, no âmbito do espaço virtual, devem ser consideradas como feitas a distância, tal como se entendeu, acertadamente, na União Europeia. Utilizam-se, evidentemente, de um *meio* eletrônico e baseiam-se em documentos com os quais a Ciência Jurídica não se revela ainda acostumada, pois não se irão necessariamente exteriorizar tais relações jurídicas pela forma escrita.³

Portanto, à evidência, o fato contratual encontrado nos primeiros anos do século XX, quando entrava em vigor Código Civil de 1916, pouco tem em comum com a contratação massificada, impessoal, veloz, por vezes eletrônica e complexa da pós-modernidade.

É bem verdade que, ao lado dessa evolução do *fato contratual* a *normatização* também evoluiu a partir da Constituição de 1988, haja vista o nosso monumental Código de Defesa do Consumidor (de 1990) e o novo Código Civil (de 2002), que, em boa medida, fizeram frente à tarefa *valorativa* que se esperava do legislador e da comunidade jurídica.

Não obstante, soma-se à pós-modernidade o denominado *mundo digital*, que acrescenta novos desafios à toda dogmática jurídica, aos contratos e, em especial, aos contratos de consumo. Afinal, como já se disse “a sociedade pós-moderna

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67: “Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores.”

³ RODAS, João Grandino (org.). *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

envolve seus membros primariamente em sua condição de consumidores, e não de produtores”⁴, haja vista que o excluído do mercado de consumo excluído estará da própria vida digna.

Um desses desafios, seguramente, é a economia de compartilhamento e a ressignificação de alguns conceitos, dentre eles o de fornecedor.

Para buscarmos a atualização de um conceito inserido no contrato de consumo, é preciso ter em mente que:

[...] não estamos, apenas, procurando reconstruir a teoria geral do contrato, mas sim reconstruir teorias que expliquem uma realidade social inteiramente renovada. A consciência desse fato deve ser o pressuposto da interpretação contratual.⁵

Logo, é preciso enxergar que o mundo digital pós-moderno é composto, dentre outros elementos, de três muito relevantes, quais sejam, ubiquidade, velocidade e liberdade:

Para o mestre de Heidelberg, as características de nosso tempo (pós-moderno) são a ubiquidade, a velocidade e a liberdade, todas elas encontráveis neste novo meio de comunicação de comércio que é a Internet. Erik Jayme conclui que o consumidor/usuário experimenta neste meio livre, veloz e global uma nova vulnerabilidade, daí a importância de revistar as linhas da boa-fé no comércio e adaptá-las ao comércio eletrônico.⁶

Com efeito, é plenamente possível, e até comum, que estejamos, *ao mesmo tempo*, em nossas casas, assistindo a um seminário sobre contratos de consumo no mundo digital, trabalhando em home-office (com o aplicativo de mensagens aberto no computador) e ainda, porque não, aproveitando uma *promoção imperdível* que

⁴ BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001, p. 90-91

⁵ GRAU, Eros. Um novo paradigma dos contratos?. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 425.

⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004, p. 40-41

acabamos de receber na tela dos nossos *smartphones*⁷. Então estamos, simultaneamente, em *casa*, na *sala de aula*, no *escritório* e em uma *loja*, contratando. Tudo isso está acontecendo, insista-se, simultaneamente, e em grande velocidade.

E do alto dessa roda gigante de emoções podemos ter uma agradável sensação de *liberdade*⁸, pois, afinal, estamos *em todos esses lugares*, mas não *presos*, e nem por tempo demais, em nenhum deles, resolvendo tudo, até a reserva de um apartamento para as férias em promoção - pré *Black Friday*, entre nós já *Black November*-, no *Airbnb*.

Mas, no que isso interfere na concepção de contrato de consumo?

Mudemos o cenário, se preciso for, com a ajuda de uma *máquina do tempo*. Fomos à aula de pós-graduação, logo pela manhã. Tínhamos a ideia de alugar um apartamento para as férias já há alguns dias. Da aula, nos locomovemos e chegamos ao nosso local de trabalho. Do trabalho, nos deslocamos até uma imobiliária para ver fotos de apartamentos para temporada. Lá passamos um bom tempo vendo álbuns e lendo descrições.

Pergunta-se: Decidiríamos na hora? Com base naquele esquálido álbum de fotos? Sem referências positivas de outros ocupantes? Muito provavelmente não. Certamente haveria mais reflexão e quiçá mais chance de dar errado (mas, se assim fosse, saberíamos bem a quem responsabilizar). Por que, então, decidimos tão rápido agora? Confiança é a resposta.

⁷ Newton de Lucca faz referência ao comércio por smartphones, como espécie do gênero comércio eletrônico:

"Parece necessário registrar, igualmente, como tendência que vem se fortalecendo dentro do segmento do *e-commerce*, desde meados da primeira década dos anos 2000, o crescimento do chamado *m-commerce* – também denominado "mobile electronic commerce" – caracterizado pelo fato de as transações comerciais serem realizadas por meio de equipamentos móveis como celulares e *tablets*." (RODAS, João Grandino (org.). *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.)

⁸ Vale aqui a citação de Bauman sobre o tema da liberdade: "Numa versão apócrifa da Odisseia ("Odysseus und die Schweine: das Unbehagen an der Kultur"), Lion Feuchtwanger propôs que os marinheiros enfeitiçados por Circe e transformados em porcos gostaram de sua nova condição e resistiram desesperadamente aos esforços de Ulisses para quebrar o encanto e trazê-los de volta à forma humana. Quando informados por Ulisses de que ele tinha encontrado as ervas mágicas capazes de desfazer a maldição e de que logo seriam humanos novamente, fugiram numa velocidade que seu zeloso salvador não pôde acompanhar. Ulisses conseguiu afinal prender um dos suínos; esfregada com a erva maravilhosa, a pele eriçada deu lugar a Elpenoros – um marinheiro, como insiste Feuchtwanger, em todos os sentidos mediano e comum, exatamente "como todos os outros, sem se destacar por sua força ou por sua esperteza". O "libertado" Elpenoros não ficou nada grato por sua liberdade, e furiosamente atacou seu "libertador" (BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001, p. 21).

3 DA CONFIANÇA

Cabe, com base na melhor doutrina, a definição da confiança:

Segundo Karl Larenz, a confiança é princípio imanente de todo o direito (*Vertrauensprinzip*), é um princípio diretriz das relações contratuais. A confiança merece proteção (*Vertrauensschutz*) e é fonte autônoma (*Vertrauenstatbestand*) de responsabilidade (*Vertrauenshaftung*). Como ensina Larenz, quando uma pessoa toma uma decisão responsável deve poder razoavelmente determinar seu resultado, mas, em última análise, deve poder confiar na atuação de outros e nas condições e relações criadas por outros para também poder atuar. Proteger esta confiança (motor da atuação do indivíduo na sociedade) tem direta ligação com o princípio da responsabilidade (*Verantwortungsprinzip*), uma vez que há clara interdependência e reflexos na atuação de todos na sociedade. Em outras palavras, as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, fatos ou omissões, devem fazer nascer expectativas legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações. Para Larenz, o princípio da confiança tem suas raízes no personalismo ético: a pessoa livre, social e racional determinará a si mesmo (*Selbstbestimmung*), responderá pelos seus atos (*Selbstverantwortung*) e respeitará a dignidade das outras pessoas (*Achtung der Personwürde*), criando maior harmonia nas relações jurídicas.⁹

O comércio pela *Internet* passou gradativamente a contar com uma série de ferramentas que tornam a oferta muito mais visível, muito mais palpável. Não só pela abundância e qualidade das imagens, tanto aquelas veiculadas em suas publicidades, como nas dos próprios produtos, envolvendo, por vezes, até mesmo vídeos, como também – e, talvez, principalmente –, pelo sistema de avaliação de outros consumidores. Ainda:

⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.

Outro elemento característico do consumo realizado pela internet será a facilidade, simplicidade e agilidade na celebração dos contratos de consumo. Por vezes, mediante simples aceitação (one click contracts), confiança em relação à exatidão do objeto contratado e seu cumprimento, e maior segurança no meio de pagamento (pagamento por cartões ou transferência de fundos, via bancária, ou arranjos de pagamento).¹⁰

Vale dizer: diante de um contrato digital/eletrônico, com farta informação visual, diversas avaliações de outros usuários, pagamentos seguros por cartão de crédito em linhas criptografadas, e no mais das vezes contando com a intermediação de famosas *fintechs*, o consumidor tem a legítima expectativa de que tudo vai correr bem. Confia no quadro todo. Isso ocorre no comércio eletrônico em geral e também naqueles casos da *sharing economy*.

4 ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO OU *SHARING ECONOMY*

Relevante trazer uma noção da economia de compartilhamento ou a *sharing economy*:

[...] *sharing economy* é o termo dado ao arranjo na qual os agrupamentos de "pares" conectam-se através da Internet a fim de realizar transações que aproveitam a capacidade ociosa de produtos e serviços, incentivados pelas relações de confiança e reputação. Nesse cenário, as necessidades são materializadas de uma forma mais dinâmica e rápida. Não é mais necessário comprar um carro para se ter acesso a um (muito menos pagar os impostos para possuir tal carro). O mesmo vale para diferentes artigos, como iates e helicópteros de luxo, ou mesmo artigos mais rotineiros, como uma bicicleta ou uma furadeira. A propriedade dá lugar ao acesso e a relação consumidor-fornecedor toma uma forma mais pessoal, orientando-se cada vez mais em vínculos de reputação e confiança.¹¹

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. Novo Paradigma Tecnológico, Mercado De Consumo Digital E O Direito Do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 17-62, setembro 2019, p.18.

¹¹ RAINER, Couto; NOVAIS, Leandro. Regulação de teconologias disruptivas: uma análise de *sharing economy*. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 269-292, maio 2017, p. 269.

A ideia do compartilhamento não é nova. Afinal, o empréstimo de utensílios ocorre desde tempos remotos. Depois, já com o auxílio da tecnologia, houve uma fase mais *romântica*, na qual as pessoas compartilhavam coisas – bicicletas, caronas, livros – sem nenhuma intenção de lucro e diretamente entre elas. A questão ganha contornos mais relevantes para o Direito é a criação de um *mercado* envolvendo esse tipo de economia, que conhece várias denominações:

O desenvolvimento de atividades econômicas em plataformas que facilitam troca de diversos produtos e serviços entre pessoas ou entre pessoas e empresas é uma das expressões mais visíveis das inovações tecnológicas no mundo digital. As inúmeras denominações dadas para esse fenômeno variam conforme a perspectiva adotada: economia de compartilhamento, economia de pares, economia colaborativa, consumo colaborativo, economia de bico, economia disruptiva, capitalismo de plataforma, economia de acesso ao excesso, economia de acesso, economia sob demanda, economia virtual, uberização, economia de plataforma e capitalismo baseado na multidão.¹²

Também não é fenômeno local, até porque no comércio digital a globalização é a regra, sendo objeto de debate em outros continentes:

The rise of the sharing economy has been rapid and transformative. It has changed the way many Americans commute, shop, vacation, and borrow. It has also disrupted long-established industries, from taxis to hotels, and has confounded policymakers unsure of how or even whether to regulate these new markets. (...). As an introduction to the various issues surrounding this ongoing debate, we begin with an explanation of the sharing economy.¹ Then we review the traditional “consumer protection” rationales for economic regulation and explain why many regulations persist even though their initial justifications are no longer valid.¹³

¹² KALIL, Renan Bermnardi. *A regulação do trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: Blucher, 2020, p. 68.

¹³ “A ascensão da economia compartilhada foi rápida e transformadora. Mudou a maneira como muitos americanos se deslocam, fazem compras, passam férias e fazem empréstimos. Também incomodou indústrias estabelecidas há muito tempo, de táxis a hotéis, e confundiu legisladores incertos sobre como ou mesmo se regulamentar esses novos mercados. (...). Como uma introdução

Per economia colaborativa (c.d. *sharing economy*) si intende un sistema economico nel quale, attraverso una piattaforma *on line*, beni e servizi vengono condivisi tra privati (*peer-to-peer*), gratuitamente o in cambio di una somma di denaro. Un fenomeno il cui successo è riconducibile allo sviluppo di internet e delle nuove tecnologie, le quali, riducendo in maniera rilevante i costi di comunicazione e coordinamento, hanno favorito la nascita di spazi virtuali in cui è possibile scambiare su larga scala direttamente tra pari (P2P) capacità individuali e beni sottoutilizzati, senza l'intervento degli intermediari tradizionali.¹⁴

Há, inclusive, relatório do Parlamento Europeu de 11.05.2017, ("Sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa"), colocando relevo no potencial econômico desse modelo, mas, por outro lado, reconhecendo zonas cinzentas relativas ao direito do consumidor:

7. Destaca a incerteza sentida pelos empresários, pelos consumidores e pelas autoridades quanto à forma de aplicar a regulamentação vigente em certos setores e a conseqüente necessidade de eliminar as zonas de incerteza regulamentar, manifestando preocupação relativamente ao risco de fragmentação do mercado único; está consciente de que, se não forem devidamente regulamentadas, estas alterações poderão criar incerteza jurídica em matéria de regras e restrições aplicáveis ao exercício dos direitos individuais

às várias questões que cercam este debate em curso, começamos com uma explicação da economia compartilhada.¹ Em seguida, revisamos os fundamentos tradicionais de "proteção ao consumidor" para a regulamentação econômica e explicamos por que muitas regulamentações persistem, embora suas justificativas iniciais não sejam mais válidas." (KOOPMAN, Christopher; MATTHEW, Mitchell; THIERER, ADAM. *The sharing economy and consumer protection regulation: the case for policy change*. *J. Bus. Entrepreneurship & L.*, v. 529, 2015. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/jbel/vol8/iss2/4>. Acesso em: 10 nov. 2021.)

¹⁴ "Por economia colaborativa (a chamada economia de compartilhamento) entendemos um sistema econômico no qual, por meio de uma plataforma online, bens e serviços são compartilhados entre particulares (ponto a ponto), gratuitamente ou em troca de uma quantia em dinheiro. Um fenômeno cujo sucesso se deve ao desenvolvimento da internet e de novas tecnologias, que, ao reduzir significativamente os custos de comunicação e coordenação, têm favorecido a criação de espaços virtuais nos quais é possível a troca em larga escala diretamente entre pares (P2P) habilidades individuais e ativos subutilizados, sem a intervenção de intermediários tradicionais" (PICCIONI, Fabiana Felix Ferreira; PICCIONI, Pietro. *La tutela del consumatore nei nuovi contratti P2P (Peer-to-Peer)*. *Progetto di ricerca Università degli Studi di Perugia*, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/328197343_La_tutela_del_consumatore_nei_contratti_P2_P_Peer-to-Peer. Acesso em: 09 nov. 2021.)

e à proteção do consumidor; entende que a regulamentação tem de estar adequada à era digital e manifesta profunda preocupação quanto ao impacto negativo da insegurança jurídica e da complexidade regulamentar nas empresas europeias em fase de arranque e nas organizações sem fins lucrativos que participam na economia colaborativa.¹⁵

No modelo mais *ingênuo* de compartilhamento os negócios são feitos de pessoa para pessoa, sem intermediários, ou "P2P". Esse modelo se contrapõe, então, àquele envolvendo a empresa para o consumidor "B2B".

Entretanto, quando há a intermediação de empresas de tecnologia, como Uber, Airbnb, Mercado Livre, Enjoei, Booking, o modelo "P2P" não se mantém isoladamente:

Na sociedade de consumo de massas e democratização do digital, a vulgarização do contato direto (e procura direta de possibilidades de compartilhamento) transformou o que deveria ser um contato direto entre civis em um negócio (*bussiness*) novo para intermediários e *start-ups*, oferecido no mercado de consumo para consumidores!¹⁶

São as denominadas *plataformas digitais* que impulsionaram esse modelo econômico:

Como ensinam Evans e Schmalensee, as plataformas digitais têm por característica ter dois ou mais grupos de clientes, que precisam uns dos outros, mas que não conseguem se conectar por conta própria, razão pela qual confiam em um terceiro como facilitador da interação entre eles.¹⁷

Oportuno gizar que como Mercado deve ser valorado e normatizado pelo

¹⁵ PARLAMENTO EUROPEU. *Uma nova agenda europeia para a economia colaborativa*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_PT.html. Acesso em: 10 nov. 2021.

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; DE CARVALHO, Diógenes Faria; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma Contratos nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. Novo Paradigma Tecnológico, Mercado De Consumo Digital E O Direito Do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 17-62, setembro 2019. p. 21.

Direito.

Afinal, como pontua Gilberto Bercovici:

O mercado não é uma "ordem espontânea", natural, embora o discurso liberal sustente essa visão, mas é uma estrutura social, fruto da história e de decisões políticas e jurídicas que servem a determinados interesses, em detrimento de outros.¹⁸ (BERCOVICI, 2009).

Igual conclusão vem do direito comparado:

Il caso Uber ci fa capire il rapporto sussistente fra diritto, mercato e tecnologia, rappresentando un concetto dell'obsolescenza delle regole giuridiche rispetto all'evoluzione dei mercati e della tecnologia. Il mercato è in grado di evidenziare carenze e inadeguatezze della regolazione. Ed è il diritto che ha il compito di colmare tali lacune e risolvere dette debolezze.¹⁹

Sendo assim, cabe a premente análise desse tipo de contrato (digital e pós-moderno) a fim de averiguar quais são, efetivamente, as partes contratantes, e proteger a quem deve ser protegido, inclusive em nome do Princípio da Confiança. Aqui o presente estudo se restringirá aos aspectos consumeristas, mas o tema suscita imensas preocupações atinentes à questões trabalhistas, fiscais, concorrenciais e etc.²⁰

¹⁸ BENEVIDES, Maria Vitória, BERCOVICI, Gilberto e MELO, Claudineu. *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p.504.

¹⁹ Traduzido livremente como: "O caso Uber nos faz entender a relação existente entre direito, mercado e tecnologia, representando um conceito de obsolescência das normas jurídicas no que diz respeito à evolução dos mercados e da tecnologia. O mercado é capaz de evidenciar deficiências e inadequações regulatórias. E é a lei que tem a tarefa de preencher essas lacunas e solucionar essas fragilidades. A tecnologia, assim como o mercado, também está intimamente relacionada ao direito." (RAUSO, EMANUELA Di. Il caso Uber: La Sharing Economy tra Common Law e Civil Law e la Corte di giustizia europea (The Uber case: The Sharing Economy between Common Law and Civil Law and the European Court of Justice). *Innovazione e diritto - Quarterly review of tax and economic law*, v. 5, p. 45-65, 2020, p. 46.)

²⁰ Sobre uma visão crítica da economia do compartilhamento confira-se: "[...] infelizmente, algo diferente e ao mesmo tempo mais sombrio está acontecendo: a Economia do Compartilhamento está propagando um livre mercado inóspito e desregulado em áreas de nossas vidas que antes estavam protegidas. As companhias dominantes do setor se tornaram forças grandes e esmagadoras, e, para ganhar dinheiro e para manter suas marcas, estão desempenhando um papel mais e mais invasivo nas trocas que intermedeiam. À medida que a Economia do Compartilhamento cresce, está

Fundamental verificar que a contratação é complexa e conexa, pois:

Essa é a essência da economia do compartilhamento, um plexo de redes contratuais que devem funcionar como um sistema, onde, num *click*, o consumidor solicita um carro para uma corrida num aplicativo de transporte de passageiros e dá origem ao contrato com a plataforma eletrônica, com o motorista, com a empresa de cartão de crédito, do motorista com a plataforma eletrônica e da plataforma eletrônica com a empresa do cartão de crédito. O nexo funcional desse sistema é uma finalidade econômica supra contratual, “consumir” uma corrida de automóvel de um ponto a outro.²¹

E porque, afinal:

[...] o grande desafio do intérprete e aplicador do CDC, como Código que regula uma relação jurídica entre privados, é saber diferenciar e saber “ver” quem é comerciante, quem é civil, quem é consumidor, quem é fornecedor, quem faz parte da cadeia de produção e de distribuição e quem retira o bem do mercado como destinatário final, quem é equiparado a este, seja porque é uma coletividade que intervém na relação, porque é vítima de um acidente de consumo ou porque foi quem criou o risco no mercado.²²

remodelando cidades sem considerar aquilo que as tornava habitáveis. Em vez de trazer uma nova fase de abertura e confiança pessoal a nossas interações, está criando uma nova forma de fiscalização, em que os prestadores de serviços devem viver com medo de ser delatados pelos clientes. Enquanto o CEO da companhia se refere de maneira benevolente a suas comunidades de usuários, a realidade tem uma face mais sombria, definida pelo controle centralizado. Os mercados da Economia do Compartilhamento estão criando novas e nunca antes nomeadas formas de consumo. A ideia de “uma graninha extra” retoma os mesmos argumentos de quarenta anos atrás a respeito do trabalho feminino, que não era visto como um trabalho “de verdade”, que demanda um salário mínimo, e, portanto, não tinha de ser tratado da mesma forma – ou valer o mesmo – que os trabalhos masculinos. Em vez de libertar indivíduos para que tomem controle direto sobre as próprias vidas, muitas companhias da Economia do Compartilhamento estão dando fortuna a seus investidores e executivos e criando bons empregos para seus engenheiros de programação e marqueteiros, graças à remoção de proteções e garantias conquistada após décadas de luta social e graças à criação de formas de subemprego mais arriscadas e precárias para aqueles que de fato soam a camisa.” (SLEE, Tom. *Uberização. A nova onda do trabalho precarizado*. Tradução de: João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017, p. 15-16).

²¹ PAIXÃO, Marcelo Barros Falcão da. OS DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DA REGULAÇÃO NA SHARING ECONOMY. *Revista dos Tribunais*, v. 994, p. 227, agosto 2018.

²² Cláudia Lima Marques in: BENJAMIN, Antonio Herman V [et. al.] *Manual do direito do consumidor*. [livro eletrônico] 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, item II.

Nessa busca por “ver” os atores dos contratos nas plataformas da *sharing economy* é que deverá ser avaliada, primeiramente, se existe um *fornecedor*, de modo a reconhecer aquela relação (que à primeira vista poderia ser vista como uma negociação entre iguais, e conseqüentemente, de Direito Civil) como uma relação consumerista.

5 O FORNECEDOR GUARDIÃO DO ACESSO OU “GATEKEEPER”.

É de conhecimento geral a definição de fornecedor insculpida no Código de Defesa do Consumidor²³.

Faz-se premente, pois, avaliar se aquele que controla as plataformas em que se desenvolvem a economia de compartilhamento se enquadrariam no conceito legal, ou se seriam essas pessoas meros *match makers*, com atuações insuficientes para descaracterizar a relação “P2P”, como sendo de Direito Civil.

A primeira abordagem que pode ser feita seria de ordem objetiva, ou seja, se as atividades desenvolvidas pelos exploradores das plataformas de compartilhamento estariam inclusas entre os *produtos e serviços* mencionados no art. 3º. A resposta só pode ser positiva. Afinal, a *prestação de serviços* da lei consumerista há de ser valorada de acordo com o momento histórico. Se na década de noventa, esses serviços não existiam, o termo é amplo o bastante para ser ressignificado.

Do ponto de vista subjetivo, para aquele guardião da porta de entrada da plataforma a conclusão não pode ser outra. Pela posição de poder, afinal o acesso aos serviços digitais passa obrigatoriamente por eles, fica claro que estamos diante da figura de um fornecedor. Cita-se:

O organizador da plataforma é aquele a quem incumbe definir o modelo do negócio e do modo como produtos ou serviços serão ofertados e fornecidos por intermédio da internet. Exerce, por isso, poder em relação aos demais envolvidos,

²³ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

sobretudo porque é ele quem controla o acesso àquele específico canal que organiza, seja de fornecedores diretos ou de consumidores; por vezes controla o pagamento e, desse modo, também parte da execução do contrato celebrado entre as partes.²⁴

Fornecedor esse que, na feliz denominação de Cláudia Lima Marques, é, portanto, o *guardião do acesso ou gatekeeper*.

O guardião do acesso realmente é aquele que “abre” a porta do negócio de consumo, que muitas vezes ele não realiza, mas intermedeia e, por vezes, coordena mesmo o pagamento (paypal, e eventualmente, os seguros etc.), como incentivos de confiança para ambos os “leigos” envolvidos no negócio.²⁵

Não se argumente que a eventual falta de remuneração direta desse fornecedor seria bastante para descaracterizá-lo como tal. A uma, porque, em regra, é remunerado: se não diretamente pelos dois outros partícipes da relação contratual complexa, pela empresa de seguro ou de pagamento. A duas, porque mesmo que não seja pago em dinheiro é remunerado indiretamente. Confira-se uma vez mais Cláudia Lima Marques:

Parece-me que a opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos, por exemplo, no transporte gratuito de idosos), ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo (com a catividade e os bancos de dados positivos de preferências de consumo e de *marketing* direcionado, que significam as milhas, os cartões de cliente preferencial, descontos e prêmios se indicar um “amigo” ou preencher um

²⁴ MIRAGEM, Bruno. Novo Paradigma Tecnológico, Mercado De Consumo Digital E O Direito Do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 17-62, setembro 2019, p. 21-22.

²⁵ MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; DE CARVALHO, Diógenes Faria; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma Contratos nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

formulário).²⁶

Em nosso sentir, portanto, a mera interpretação do art. 3º, do CDC, é suficiente para o embasamento legal destinado a conferir responsabilidade ao *gatekeeper*.

Ainda que se utilizasse da figura do *fornecedor equiparado*, como no caso dos bancos de dados. Confira-se:

O CDC, ao lado do conceito genérico ou padrão de fornecedor (art. 3º, *caput*, indica e detalha, em outras passagens, *atividades* que estão sujeitas ao CDC. Talvez o melhor exemplo seja o relativo aos bancos de dados e cadastros de consumidores (art.43). [...]Em todos esses casos, indicados apenas como ilustração, não há necessidade de configuração de um fornecedor, conforme elementos do *caput* do art. 3º do CDC: deve-se recorrer à ideia de fornecedor equiparado e, conseqüentemente, aplicar todas as disposições da Lei 8.078/1990. O objetivo da lei foi disciplinar e, logicamente, abranger situações de vulnerabilidade inerentes ao mercado de consumo.²⁷

Mas, “no Brasil mesmo o óbvio tem que ser reforçado”²⁸. Assim, considerando a existência do Projeto de Lei 3514/2015 o qual, dentre outras atualizações ao Código, traz uma “Seção VII” toda destinada ao *comércio eletrônico*, não seria desmedido aproveitar essa via legislativa para reforçar no art. 34, do CDC, a responsabilidade solidária do fornecedor guardião do acesso. Afinal, não custa lembrar da tentativa de se excluir da lei os *serviços bancários*, mesmo sendo de clareza solar que sempre estiveram compreendidos no Código.

Logo, de *lege ferenda* poderia ser discutida uma ampliação do art. 34:

²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: RT, 2016.

²⁷ BESSA, Leonardo Rescoe. *Código de defesa do consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 40.

²⁸ MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, p. 247-268, maio 2017, p. 255.

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço, *inclusive o da economia compartilhada ou de aplicativos gratuitos, que opere no Brasil*, é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Essa sugestão toma emprestada, em outro *locus*, aquela formulada pela Professora Doutora Claudia Lima Marques²⁹, de acréscimo de um parágrafo ao art. 45-C, do PL 3514/15, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 45-C. Os sítios e demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações

previstas no art. 45-B, as seguintes:

I – quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato;

II – prazo para utilização da oferta pelo consumidor;

III – identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado.

§ 1º O fornecedor de compras coletivas, como intermediador legal do fornecedor responsável pela oferta do produto ou serviço, responde solidariamente pela veracidade das informações publicadas e por eventuais danos causados ao consumidor.

§ 2º Quando o produto ou o serviço da economia compartilhada ou de aplicativos gratuitos for prestado no Brasil, aplica-se o disposto neste artigo, com as adaptações que se fizerem necessárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato, dotado de socialidade, sujeito aos ditames constitucionais, e compreendido como *fato social* do mundo pós-moderno digital não morreu e nem

²⁹ MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, p. 247-268, maio 2017, p. 258.

tampouco está, verdadeiramente, em crise. Quem agonizou e veio a óbito (malgrado algumas tentativas de ressuscitação), depois de crise aguda de saudosismo e melancolia, foi o contrato liberal, privatista e desconectado da realidade.

Assim, os negócios jurídicos complexos feitos por intermédio das plataformas digitais, quando possuem um intermediário guardião do acesso, são de consumo e os *gatekeepers* devem ser enquadrados como fornecedores, nos moldes do art. 3º, do CDC. Trata-se apenas de *valorar* corretamente esse *fato* social, adequando-o à *normatização* já existente.

Posteriormente, sugere-se completar a equação tridimensional de Reale e *normatizar* a figura do *Gatekeeper*, incluindo-o de modo expresso (reafirmando o óbvio) no art. 34, do CDC, a fim de que seja igualmente considerado responsável solidário na relação contratual complexa de economia compartilhada.

REFERÊNCIAS

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

BENEVIDES, Maria Vitória, BERCOVICI, Gilberto e MELO, Claudineu. *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: RT, 2016.

BESSA, Leonardo Rescoe. *Código de defesa do consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 423-433, 2001.

KALIL, Renan Bermnardi. *A regulação do trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: Blucher, 2020.

KOOPMAN, Christopher; MATTHEW, Mitchell; THIERER, ADAM. The sharing economy and consumer protection regulation: the case for policy change. *J. Bus. Entrepreneurship & L*, v. 529, 2015. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/jbel/vol8/iss2/4>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, p. 247-268, maio 2017.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. Proteção Do Consumidor No Comércio Eletrônico E A Chamada Nova Crise Do Contrato: Por um Direito Do Consumidor Aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 9-59, janeiro 2003.

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

MIRAGEM, Bruno. Novo Paradigma Tecnológico, Mercado De Consumo Digital E O Direito Do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 17-62, setembro 2019.

PAIXÃO, Marcelo Barros Falcão da. Os desafios do direito do consumidor e da regulação na sharing economy. *Revista dos Tribunais*, v. 994, p. 225-243, agosto 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. *Uma nova agenda europeia para a economia colaborativa*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_PT.html. Acesso em: 10 nov. 2021.

PICCIONI, Fabiana Felix Ferreira; PICCIONI, Pietro. La tutela del consumatore nei nuovi contratti P2P (Peer-to-Peer). *Progetto di ricerca Università degli Studi di Perugia*, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/328197343_La_tutela_del_consumatore_nei_contratti_P2P_Peer-to-Peer. Acesso em: 09 nov. 2021.

RAINER, Couto; NOVAIS, Leandro. Regulação de teconologias disruptivas: uma análise de sharing economy. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 269-292, maio 2017.

RAUSO, EMANUELA Di. Il caso Uber: La Sharing Economy tra Common Law e Civil Law e la Corte di giustizia europea (The Uber case: The Sharing Economy between Common Law and Civil Law and the European Court of Justice). *Innovazione e diritto - Quarterly review of tax and economic law*, v. 5, p. 45-65, 2020.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODAS, João Grandino (org.). *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SLEE, Tom. *Uberização. A nova onda do trabalho precarizado*. Tradução de: João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

16. TENDÊNCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA ANÁLISE DO SUPERENDIVIDAMENTO DE IDOSOS EM RAZÃO DA OFERTA DE CRÉDITO



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-16>

*Luciana Budoia Monte*¹

*Erickson Gavazza Marques*²

RESUMO

A oferta de crédito pessoal tem levado ao superendividamento dos idosos brasileiros, particularmente vulneráveis ao assédio de consumo. O artigo analisará, por meio do método dialético, dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça envolvendo a contratação de crédito por idosos, objetivando estudar a aderência da Corte aos preceitos da Constituição da República e do Código de Defesa do Consumidor. Justifica-se a pesquisa à luz da Lei 14.181/2021, voltada a esse tema. Verificar-se-á que o Tribunal não incorporou totalmente a ideia de que os idosos merecem especial proteção, concluindo-se que a lei pode não ser tão efetiva quanto se deseja. Palavras-chave: contrato de crédito; superendividamento; mínimo existencial; idoso; hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

Access to personal credit has led to the over-indebtedness of elderly Brazilians, particularly vulnerable to consumer harassment. The article will analyze, through the dialectical method, two precedents of the Superior Court of Justice involving credit

¹ Defensora Pública Federal. Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera. Graduada em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: lucianamonte@gmail.com. Orcid: 0000-0002-9537-2127. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9078340901130210>.

² Professor Emérito na Universidade Nove de Julho. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Doutor em Ciências pela Universidade de São Paulo. Curso de Especialização pela Universidade de São Paulo. Curso de Especialização pela Universidade de Paris II. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: ericksonmarques@uol.com.br. Orcid: 0000-0002-7096-744X. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5130519358931621>.

contracted by the elderly, aiming to study the Court's adherence to the rules of the Constitution of the Republic and the Consumer Defense Code. The research is justified in light of Law 14.181/2021, focused on this topic. The conclusion will be that the Court has not fully incorporated the idea that the elderly deserve special protection, concluding that the law may not be as effective as desired.

Keywords: credit contract; over-indebtedness; existential minimum; elderly; hypervulnerability.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A Hipervulnerabilidade Dos Idosos Nas Relações De Consumo; 3. Análise Crítica De Precedentes Do Superior Tribunal De Justiça; 3.1. Recurso Especial Nº 1584501/Sp; 3.2. Recurso Especial Nº 1586910/Sp; 4. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 (CR/88) consagrou o modo de produção capitalista, mas estipulou limites ao capitalismo ao elencar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III). Outrossim, garantiu a livre iniciativa e o livre mercado, ao tempo em que estatuiu a defesa do consumidor como dever do Estado (art. 5º, XXXII) e elevou-a princípio da ordem econômica (art. 170, V). O comando foi atendido com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que consignou a vulnerabilidade presumida do consumidor e vedou ao fornecedor uma série de práticas iníquas. Contudo, ainda são inúmeros os casos de abuso, como provam as estatísticas dos Procons e do Poder Judiciário.

Entre os contratos com maior impacto negativo no bem-estar dos consumidores estão os de oferta de crédito. O CDC reconhecia o problema desde a sua promulgação, aprofundando o dever de informação do fornecedor de crédito no art. 52. O dispositivo, no entanto, não foi suficiente para prevenir o endividamento e o conseqüente superendividamento da população. As estatísticas crescentes de superendividamento geraram debates doutrinários e legislativos, culminando na

promulgação da Lei nº 14.181/2021, que conjuga dispositivos de direito material e de direito processual a fim de prevenir e tratar o superendividamento das pessoas naturais.

Importa notar que, no que tange ao direito material, a lei sistematizou e detalhou direitos e deveres que já constavam do CDC – já eram passíveis, assim, de aplicação pelo Judiciário. Considerando esse ponto, o artigo investigará, por meio da análise crítica de precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como a Corte tem julgado as demandas envolvendo a contratação de crédito por idosos. O recorte etário se justifica por tratar-se de grupo especialmente vulnerável, tanto que recebeu menção especial na Lei 14.181/2021.

O Capítulo 1, apoiado em pesquisa bibliográfica, discorrerá sobre a hipervulnerabilidade dos idosos e sua delicada situação no que tange à oferta de crédito, abordando-se o assédio dos bancos e as pressões familiares. No Capítulo 2, passar-se-á ao debate de dois acórdãos do STJ atinentes ao tema. Os argumentos constantes dos votos serão analisados com o uso do método dialético e à luz do exposto no capítulo antecedente.

Justifica-se a pesquisa pela necessidade de mapear as tendências do STJ, mormente considerando-se o poder da Corte de criar precedentes vinculantes; quando menos, suas decisões orientam a atuação dos órgãos de primeira e segunda instâncias. A eficácia da Lei 14.181/2021 dependerá, em grande parte, da sensibilidade desse Tribunal para a questão do superendividamento dos consumidores em geral e dos idosos em particular.

2 A HIPERVULNERABILIDADE DOS IDOSOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Direito não criou o fenômeno da vulnerabilidade do consumidor, tão-somente o reconheceu. Comparato assinala que essa posição de vulnerabilidade já era conhecida na Idade Antiga, mas foi a sociedade que emergiu após a Revolução Industrial e a produção em massa que deu relevo ao problema, culminando na proteção surgida no século XX³:

³ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor*, v. 1, p. 185-196, abr. 2011, p. 188.

Em 1973, a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos do Homem, em sua 29.^a sessão, em Genebra, considerou que todo consumidor deve gozar de quatro direitos fundamentais: o direito à segurança; o de ser adequadamente informado sobre os produtos e os serviços, bem como sobre as condições de venda; o direito de escolher entre bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; e o direito de ser ouvido no processo de decisão governamental.

No Brasil, a Constituição de 1988 reconheceu a necessidade de proteger o consumidor no título dos direitos fundamentais (CR/88, art. 5º, XXXII) e, ainda, como princípio da ordem econômica (CR/88, art. 170, V). Em cumprimento ao art. 5º, promulgou-se a Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Ribeiro e Stasi⁴ resumem a complexa relação entre fornecedor e consumidor, a justificar o tratamento diverso que devem receber do ordenamento jurídico:

Fornecedores e consumidores apresentam-se de maneira completamente distinta em sociedade: enquanto os primeiros são agentes econômicos, que detém o capital e o conhecimento e agem com base na liberdade de empreender (lidando com direito de caráter patrimonial e disponível), os segundos, ao praticar o ato de consumo, o fazem para satisfazer necessidades pessoais e de sobrevivência das quais não podem abrir mão. O enfoque é completamente diferente, e assim deve ser o tratamento a eles conferido. Premido pela necessidade do bem da vida (necessidade esta que, em tempos de pós-modernidade, é cada vez mais fluida e fugaz, logo substituída por outra ainda mais imprescindível e urgente), o consumidor contrata sem questionar ou mesmo compreender as condições a que se submeterá para o pagamento.

Não raras vezes, o fornecedor explora a falta de conhecimento do consumidor, ocultando informações relevantes sob o jargão jurídico ou dados inúteis. Campanhas agressivas fazem crer que a felicidade depende da aquisição de produtos e serviços desnecessários ou financeiramente inacessíveis. Para mascarar a falta de condições financeiras, crédito é ofertado de modo irresponsável, prometendo-se facilidades e

⁴ RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; STASI, Mônica di. O superendividamento dos consumidores no Brasil: a importância da aprovação da Lei 14.181/2021 em meio à crise econômica gerada pela pandemia da COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 136, p. 499-65, jul./ago. 2021. p. 50.

omitindo-se os riscos do inadimplemento. O fornecedor vale-se da vulnerabilidade técnica do consumidor, de seu desconhecimento sobre os aspectos do negócio posto diante de si. Marques desdobra essa vulnerabilidade técnica em um segundo tipo de vulnerabilidade, a informacional, típica da sociedade de massas e dos contratos de adesão. A esse respeito, destaca⁵:

[...] o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário frisar este *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária. [...] E se, na sociedade atual é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro.

A hipervulnerabilidade define o grau excepcional e juridicamente relevante de vulnerabilidade que atinge certos grupos de consumidores. Marques e Miragem explicam⁶:

Enquanto a vulnerabilidade "geral" do art. 4º, I [do CDC] se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e "especial" à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade).

No plano constitucional, a pessoa idosa mereceu especial atenção, consagrando-se o dever da família, da sociedade e do Estado de protegê-la (CR/88, art. 230). Conferindo substância ao mandamento constitucional, a Lei nº 8.842/94 criou a Política Nacional do Idoso, a fim de "*assegurar os direitos sociais do idoso*,

⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 335.

⁶ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 189.

criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade" (art. 1º). Por sua vez, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) elencou medidas protetivas e criminalizou condutas graves.

Antes mesmo do surgimento dessas leis, o CDC já reconhecia a vulnerabilidade agravada da pessoa idosa, proibindo o fornecedor de se aproveitar dessa condição (art. 39, IV). A fragilidade do idoso no mercado de consumo é exacerbada pela baixa escolaridade e pelo alto índice de analfabetismo nessa faixa etária, acentuando a assimetria informacional. Em 2019, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) do IBGE⁷ constatou que 18% das pessoas com mais de 60 anos são analfabetas plenas. Trata-se de cerca de seis milhões de brasileiros e, se fosse incluído o analfabetismo funcional, os números seriam muito maiores⁸.

Contratos de crédito apresentam risco elevado para os idosos por serem contratos de adesão de várias páginas e com linguagem particularmente complexa, envolvendo não só jargão jurídico, mas também matemática financeira. Iludidos pelas promessas de juros baixos ou de crédito descomplicado, o idoso contrai a dívida sem ter a exata noção das cláusulas e ignorando os riscos do superendividamento. Bernardes, Félix e Rosa salientam a vulnerabilidade especial da pessoa idosa na contratação de crédito⁹:

O público idoso revela-se como alvo potencial de propagandas e práticas comerciais abusivas que se aproveitam da reduzida capacidade de discernimento do idoso para impor a contratação de serviços. Um dos exemplos mais paradigmáticos é a celebração de contratos de empréstimos consignados

⁷ IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24852-indicadores-de-educacao-avancam-mas-desigualdades-regionais-e-raciais-persistem>. Acesso em: 13 out. 2021.

⁸ Estima-se que 29% dos brasileiros sejam analfabetos funcionais, isto é, podem identificar palavras, números, assinar o nome ou ler uma frase, mas não conseguem acompanhar um texto jornalístico ou seguir uma receita de bolo. O número equivale a 38 milhões de brasileiros. Pode-se inferir que o percentual é ainda maior entre a população idosa, dada a sua baixa escolaridade em comparação aos mais jovens. (COSTA, Gilberto. *Analfabetismo resiste no Brasil e no mundo do século 21*. *Agência Brasil*, 08 de setembro de 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2019-09/analfabetismo-resiste-no-brasil-e-no-mundo-do-seculo-21>. Acesso em: 13 out. 2021.

⁹ BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18, n. 116, p. 533-558, out. 2016/jan. 2017. p. 551.

entre instituições financeiras e consumidores idosos, pois a lógica da sociedade de consumo visualizou lucros certos com tal contratação eis que via de regra idosos possuem rendimentos mensais fixos, sendo por isso a contratação mais segura.

A Lei nº 14.181/2021, conhecida como Lei do Superendividamento, reconheceu a hipervulnerabilidade dos idosos na matéria, incluindo no CDC a proibição do assédio:

Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não:

[...]

IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio;

Prova da maior vulnerabilidade do idoso é que o superendividamento é proporcionalmente maior nessa população do que a demografia levaria a concluir. Com efeito, analisando dados colhidos entre 2007 e 2012 por projeto-piloto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) para o tratamento do superendividamento, Marques constatou que, dentre os superendividados que buscavam o Poder Judiciário para tentar pagar suas dívidas, 18,5% eram idosos, quando a população brasileira contava, então, com 13% de idosos¹⁰. A maioria (61%) era arrimo de família. Tratava-se, ademais, de população de baixa renda: 60,4% dos idosos atendidos pelo projeto ganhavam até dois salários mínimos e 18,3% ganhavam entre dois e três salários mínimos, totalizando 78,7% com renda de até três salários mínimos¹¹.

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 393-423, jul./ago. 2015. p. 394-395.

¹¹ MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 393-423, jul./ago. 2015. p. 405-407.

Em um cenário de crise econômica quase perene e de altas taxas de desemprego, o idoso que tem uma aposentadoria, por menor que seja, encontra-se em posição "privilegiada" no grupo familiar. Pode ajudar parentes e frequentemente é coagido a fazê-lo: segundo o Plano de Ação para Enfrentamento da Violência contra a Pessoa Idosa¹², os abusos financeiros são a queixa mais comum nas delegacias e promotorias especializadas em direitos das pessoas idosas.

Como se não bastasse a pressão dentro da própria família, o idoso aposentado é assediado por instituições financeiras para contratar empréstimos, especialmente na modalidade consignada, mais segura para o banco, já que a parcela devida é destacada diretamente do benefício previdenciário. O crédito consignado foi introduzido pela Lei 10.820/2003 e, originalmente, permitia-se a consignação de até 30% dos proventos. Em 2015, incluíram-se mais cinco pontos percentuais destinados exclusivamente para o pagamento de dívidas de cartão de crédito. A Lei 14.131/2021 passou a permitir a consignação de até 40% dos proventos, 5% dos quais exclusivamente para o pagamento de cartão de crédito¹³. Os 60% restantes, note-se, não são intangíveis. Ao contrário, podem ser objeto de descontos decorrentes de empréstimos pessoais, não raras vezes contraídos por quem que já esgotou a margem consignável.

Saliente-se que a renda média do público idoso é baixa e qualquer desconto pode gerar prejuízo à sua subsistência. Segundo boletim estatístico da Secretaria de Previdência¹⁴, o valor médio dos benefícios previdenciários de aposentadoria deferidos em agosto de 2021 foi de R\$ 1.599,16. O valor médio das pensões por morte deferidas foi de R\$ 1.674,65. Está-se falando, portanto, de uma população cuja renda média não ultrapassa os dois salários mínimos¹⁵. Com tão pouca renda, o endividamento pode rapidamente converter-se em superendividamento, já que, em geral, não há sobras financeiras ao fim do mês e há cobrança de juros, ainda que

¹² SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA. *Plano de ação para enfrentamento da violência contra a pessoa idosa*. Brasília, 2007.

¹³ A justificativa do aumento na margem consignável foi a crise econômica causada pela pandemia de COVID-19 e a lei teve vigência temporária, até 31/12/2021. Contudo, o temporário provavelmente tornar-se-á permanente, pois a MP 1.106/2022 altera a Lei 10.820/2003 para aumentar definitivamente a margem consignável para 40%.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Economia. *Boletim Estatístico da Previdência Social*, v. 26, n. 8. Brasília, ago. 2021.

¹⁵ Em 2021, o salário mínimo nacional era de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais).

menores que a média do mercado no caso do empréstimo consignado.

Estudo conduzido por Doll e Cavallazzi sobre o uso do crédito por idosos evidencia esse problema. Os pesquisadores notaram que em vários casos "*o crédito torna-se necessário para cobrir os gastos com as necessidades básicas, uma razão que 16,3% dos participantes indicaram*"¹⁶. Assim, o crédito é usado não para a aquisição de um bem durável, ou mesmo para realizar um sonho, mas para fazer frente a despesas de subsistência. Tais despesas se repetirão no próximo mês, mas o valor líquido da aposentadoria será menor em razão do primeiro empréstimo, e mais crédito será necessário, em um efeito cascata. Dentre os entrevistados que tinham contratado crédito consignado, um terço afirmou ter reduzido gastos essenciais para pagar a dívida, cortando alimentação, remédios, atrasando contas ou cancelando planos de saúde¹⁷. Para 41% dos entrevistados, a vida tinha piorado após o empréstimo.

A Lei 14.181/2021 define superendividamento como "*a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação*" (art. 54, § 1º). Foi exatamente o que aconteceu nos casos acima mencionados.

A lei não fixou valor nominal ou percentual para representar o mínimo existencial, no que andou bem. De fato, o mínimo existencial e a capacidade de quitar dívidas dependem das condições pessoais e familiares do devedor. Pode-se vislumbrar situações em que uma prestação de 20% ou mesmo 10% do rendimento mensal comprometa o mínimo existencial. Imagine-se um casal de idosos que viva com uma aposentadoria de um salário mínimo. Um salário mínimo deveria ser o suficiente para atender às necessidades vitais básicas de uma família, como moradia, alimentação, saúde, vestuário e higiene (CR/88, art. 7º, IV). Não se ignora, porém, que o valor é insuficiente para tanto. É fácil perceber, então, que qualquer prestação incidente sobre tão parco rendimento pode levar à indigência o casal do exemplo.

¹⁶ DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 107, set./out. 2016, p. 309-341. p. 323.

¹⁷ DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 107, set./out. 2016, p. 309-341. p. 323.

Não se pode demonizar a oferta de crédito. Até os anos noventa, o crédito era concedido a poucos, em geral pessoas jurídicas ou pessoas naturais com bens que podiam ser dados em garantia. A estabilização da economia, o controle da inflação e a introdução do crédito consignado permitiram o acesso das classes mais humildes a bens e serviços antes inalcançáveis. Em uma economia capitalista como a brasileira, a oferta de crédito contribuiu, a um só tempo, para a expansão da atividade econômica e para a inserção dos cidadãos no mercado de consumo, em um processo desejável de retroalimentação contínua.

Ocorre que a oferta irresponsável de crédito, a publicidade abusiva e o assédio, somados à baixa escolaridade e à baixa renda de boa parte da população brasileira, mormente da população idosa, pavimentam o caminho para o superendividamento. Como aponta Marques¹⁸, "*o superendividamento da pessoa física é a outra face da democratização do crédito*".

Interessados apenas na captação, os bancos assediam os idosos com publicidade sedutora, não informam sobre os riscos da contratação, pressionam com telefonemas e oferecem empréstimo não solicitado sem qualquer preocupação com a capacidade de pagamento. As mensagens na tela do caixa eletrônico, indicando ao idoso que pode obter mais dinheiro apenas apertando um botão, também são uma forma de assédio e de exploração da sua vulnerabilidade.

A oferta irresponsável de crédito termina por resultar em uma enxurrada de reclamações nos serviços de proteção ao consumidor. Levantamento do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor mostrou que o número de queixas cresceu 126% após o aumento da margem consignável operado pela Lei 14.131/2021¹⁹, indicando que quanto maior o crédito disponível, maiores os problemas enfrentados pelo consumidor. O Poder Judiciário é frequentemente provocado: segundo o relatório Justiça em Números²⁰, o terceiro assunto mais demandado na Justiça Estadual de

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 393-423, jul./ago. 2015. p. 394.

¹⁹ IDEC. *Reclamações sobre consignado do INSS mais que dobram após aumento da margem*. Disponível em: <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/reclamacoes-sobre-consignado-do-inss-mais-que-dobram-apos-aumento-da-margem>. Acesso em: 20 set. 2021.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Justiça em Números 2021: ano-base 2020*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021. p. 274.

segundo grau são os contratos bancários de consumo²¹.

Desses milhares de processos judiciais, alguns chegam ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, além de ter a faculdade de gerar precedentes vinculantes, é consultado e referenciado pelos órgãos de primeira e segunda instâncias. É relevante, portanto, verificar como a Corte tem tratado o tema do superendividamento dos idosos.

3 ANÁLISE CRÍTICA DE PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foram pesquisados os julgamentos prolatados em acórdãos, já que, em comparação com decisões monocráticas, representam mais fielmente as tendências da Corte Superior.

Consultou-se a base de dados pública *online* do STJ²² utilizando-se as seguintes palavras-chave em diversas combinações: "idoso", "empréstimo", "consignado", "contrato bancário", "crédito" e "superendividamento", com as respectivas variações no feminino e no plural. Treze acórdãos foram encontrados²³ e estudados, selecionando-se dois para o presente artigo, em razão de apresentarem argumentação mais extensa e resultarem em decisões conflitantes, em que pese a semelhança entre as situações fáticas.

3.1 Recurso Especial nº 1584501/SP²⁴

Tratava-se de um contrato de renegociação de empréstimos consignados, firmado em 72 prestações por uma idosa que recebia aposentadoria de R\$ 1.673,91. A prestação mensal era de R\$ 1.697,35 quando buscou o Poder Judiciário. Vale notar que os empréstimos consignados foram feitos em terminais de autoatendimento e

²¹ Em primeira instância, o assunto mais demandado é o grupo "Obrigações/Espécies de Contrato", não havendo a discriminação em contratos bancários e outros contratos de consumo. Tampouco há discriminação de contratos bancários na estatística do Juizado Especial Cível.

²² Consulta pública: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

²³ AgRg no AREsp 354720/SP, AgRg na MC 16128/RS, REsp 1584501/SP, REsp 1586910/SP, AgInt no REsp 1813751/PB, AgInt no AREsp 1555559/MS, AgInt no REsp 1847819/PB, REsp 1862330/CE, REsp 1862324/CE, REsp 1868099/CE, REsp 1907394/MT, REsp 1358057/PR, REsp 1783731/PR.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial nº 1584501/SP*. Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, julgado em 06/10/2016, DJe 13/10/2016.

que a idosa sequer reconhecia tê-los contratado – possivelmente, não estava plenamente informada quando realizou as operações.

O tribunal de origem decidiu por limitar os descontos a 30% da renda líquida da devedora. O banco recorreu ao STJ para que o desconto fosse restabelecido na forma pactuada ou, subsidiariamente, no patamar de 50% da remuneração bruta da contratante. Chegou a alegar que a repactuação decidida pelo tribunal *a quo* geraria o enriquecimento sem causa da devedora.

O voto do Ministro relator foi preciso na delimitação do problema:

A questão devolvida ao conhecimento desta instância especial deve ser abordada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, relacionando-se com o fenômeno do superendividamento, que tem sido uma preocupação atual do Direito do Consumidor em todo o mundo, decorrente da imensa facilidade de acesso ao crédito nos dias de hoje. CLÁUDIA LIMA MARQUES, em seu *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* (São Paulo: Ed. RT, 2002. pp. 590-591), ao tecer considerações acerca da oferta em massa de produtos e serviços diante da hipossuficiência do consumidor, refere:

[...] Não há como negar que o consumo massificado de hoje, pós-industrial, está ligado faticamente a uma série de perigos para o consumidor, vale lembrar os fenômenos atuais de superendividamento, de práticas comerciais abusivas, de abusos contratuais, da existência de monopólios naturais dos serviços públicos concedidos ou privatizados, de falhas na concorrência, no mercado, na informação e na liberdade material do contratante mais fraco na elaboração e conclusão dos contratos.

Apesar de todos estes perigos e dificuldades, o novo direito contratual visa concretizar a função social dos contratos, impondo parâmetros de transparência e boa-fé.

O relator sustentou que "*constitui dever do Poder Judiciário o controle desses contratos de empréstimo para evitar que abusos possam ser praticados pelas instituições financeiras interessadas, especialmente nos casos de crédito consignado*". Fez prevalecer a dignidade da pessoa humana sobre o princípio da

autonomia da vontade privada. Votou pela manutenção da decisão do tribunal de origem e foi acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros.

Considerando que a devedora vinha pagando prestações maiores que seu benefício previdenciário, resta evidente que faltou ao banco responsabilidade na concessão do crédito. De um lado, a instituição não se preocupou com o patente risco de inadimplemento; de outro, não teve o menor cuidado em preservar o mínimo existencial e a dignidade da idosa. Ainda, sentiu-se suficientemente confortável para interpor Recurso Especial e alegar que a repactuação da dívida – desde o início impagável – levaria ao enriquecimento sem causa da aposentada, apesar de o tribunal de origem ter decidido não pelo perdão do débito, mas pela implementação de condições razoáveis de pagamento. O comportamento da instituição bancária parece indicar que a concessão de crédito acima do razoável era sua prática usual.

3.2 Recurso Especial nº 1586910/SP²⁵

Policia militar aposentado contraiu empréstimo a fim de quitar dívidas antigas, por sugestão do gerente da agência bancária. A avença previa o pagamento de 85 parcelas mensais de R\$ 2.543,56. Esse valor, contudo, equivalia a quase 50% dos proventos do contratante, comprometendo a subsistência de sua família. O tribunal de origem limitou o desconto a 30% dos proventos líquidos, em analogia com a Lei 13.820/2003, considerando o valor original desarrazoado e destacando o caráter alimentar dos proventos. A instituição financeira recorreu.

Trata-se de caso semelhante ao anterior, mas com desfecho antagônico.

O Ministro relator sustentou que o STJ tem, geralmente, limitado os descontos a 30% dos salários ou proventos sem maior reflexão e registrou que, no seu entendimento, *"a questão não vem recebendo tratamento adequado no âmbito desta Corte Superior, com a conseqüente dispersão da jurisprudência"*. Ressaltou que o contrato não era de consignação, mas de empréstimo pessoal. Afirmou que não há, no direito comparado, exemplos que limitem o desconto de empréstimos pessoais do modo como o STJ tem feito, e que mesmo o (então) Projeto de Lei 3.515/2015,

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Recurso Especial nº 1586910/SP*. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 29/08/2017, DJe 03/10/2017.

atinente ao superendividamento, teria aplicação apenas ao crédito consignado. Argumentou que a limitação dos descontos não solucionaria o superendividamento e, ao contrário, operaria no sentido oposto, *"tendo o condão de eternizar a obrigação"*, gerando a *"amortização negativa do débito, resultando em aumento mês a mês do saldo devedor"*.

Sustentou que *"é desarrazoado que apenas o banco não possa lançar mão de procedimentos legítimos para satisfação de seu crédito e que, eventualmente, em casos de inadimplência, seja privado, em contraposição aos demais credores, do acesso à justiça"*.

Aduziu que a analogia entre empréstimo pessoal e empréstimo consignado é incabível, limitando a autonomia privada sem autorização legislativa. Argumentou que tal limitação não seria razoável ou isonômica. Concluiu que a concretização dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas é papel do legislador, cabendo ao Poder Judiciário manter a segurança jurídica sem violar a confiança do jurisdicionado.

Houve divergência, iniciada pelo Ministro Marco Buzzi, que chamou a atenção para o fato de que as taxas de juros praticadas no Brasil estão entre as mais altas do mundo. Ressaltou que não se tratava de impedir a cobrança da dívida, mas de balizá-la de modo a proteger a dignidade do devedor e de sua família. Destacou que *"não se pode apenar a inadimplência com a condenação à penúria financeira, à completa ausência do mínimo existencial para a vida, pois essa seria uma sanção absolutamente desumana"*. Afirmou que o princípio da autonomia privada não é ilimitado, devendo ser exercido com respeito à função social do contrato, à boa-fé objetiva e à dignidade da pessoa humana. Votou pela manutenção do acórdão de origem.

Um dos Ministros que acompanhou o relator indicou, como solução, que o devedor pedisse a transferência dos seus proventos para outro banco, a fim de evitar os descontos.

Ao final, o Ministro relator ratificou seu voto e acrescentou que a limitação dos descontos teria como consequência *"banir o consumidor do mercado"*, levando a que todas as operações passassem a ser a vista, em prejuízo ao mercado e aos consumidores.

O caso merece um comentário mais extenso, em virtude das questões trazidas nos votos.

De saída, note-se que o PL nº 3.515/2015²⁶ nunca cuidou exclusivamente de crédito consignado, mas tratou o superendividamento como fenômeno com origem na oferta de crédito em suas múltiplas formas, pugnando, sobretudo, por uma política de crédito responsável. Eis o texto dos §§ 1º e 2º, do art.54-A da Lei 14.181/2021, com redação idêntica no projeto de lei:

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

§ 2º As dívidas referidas no § 1º deste artigo englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.

A limitação dos descontos em 30% dos proventos não visava a “solucionar” o superendividamento, como aventou o Ministro relator, problema complexo e cuja solução certamente demandaria uma série de outras medidas. Buscava-se apenas permitir que o devedor pagasse a dívida sem sacrificar sua dignidade e a de sua família. Ademais, se mesmo fazendo os pagamentos mensais o débito aumentasse, como especulou o Ministro que aconteceria, estar-se-ia diante de contrato de consumo abusivo, a exigir atuação mais incisiva do Judiciário, inclusive com a declaração de nulidade das cláusulas iníquas.

Também se equivoca o Ministro ao igualar eventual limitação do desconto mensal à vedação de que o banco cobrasse a dívida ou acessasse o Poder Judiciário em caso de inadimplemento. O tribunal de origem não perdoou a dívida, apenas estabeleceu algum equilíbrio na relação entre o fornecedor e o consumidor.

²⁶ BRASIL. Câmara dos deputados. *Projeto de Lei 3515/2015*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>. Acesso em: 14 out. 2021.; O PL do Senado nº 283/2012 tampouco se limitava ao crédito consignado, tratando da oferta de crédito de modo geral (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773>. Acesso em: 14 out. 2021.)

Aliás, estivesse a instituição financeira preocupada com eventual inadimplemento, teria sido cautelosa na oferta do crédito, em vez de liberar soma vultosa a ponto de comprometer metade da renda do devedor por mais de sete anos. Faltou ao banco responsabilidade. O voto do Ministro Raul Araújo, que acompanhou a divergência, tocou exatamente nesse ponto:

O desconto previsto no empréstimo, no valor mensal de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), mostrava-se desde já, logo de partida, bastante elevado. Tinha-se, por meses seguidos, um comprometimento de percentual que alcançava aproximadamente 50% (cinquenta por cento) da remuneração líquida do correntista. [...] O banco arriscou em demasia no caso desse empréstimo.

É certo que também cabia ao aposentado ser cauteloso. Nesse ponto, contudo, o Ministro Raul Araújo destacou que *"o banco, que é o profissional na concessão de créditos, devia ter tido maiores cuidados na concessão do empréstimo"*. O risco do negócio é do banco, a ele cabendo ser precavido quando o cliente, por falta de experiência ou de cuidado, não o é. Há muito está superada a regra *caveat emptor* nas relações de consumo, sendo pacífico que cabe ao fornecedor, que sabe mais, agir com mais cautela que o consumidor.

Ao afirmar que não existiria base legal para a limitação das prestações, o Ministro relator desconsiderou que a boa-fé e o equilíbrio das relações de consumo são princípios inscritos no art. 4º, III, do CDC. Ao decidir que a limitação pretendida não seria razoável ou isonômica, olvidou que razoável e isonômico seria permitir a subsistência de uma família, algo que o desconto original de 50% dos proventos comprometia seriamente.

No que tange à preocupação de que eventual atuação do Judiciário poderia aniquilar o mercado de crédito, há que ressaltar dois pontos. O primeiro é que se julgava um caso concreto, demandando resposta pontual, não se tratando de controle de legalidade em abstrato. O processo sequer estava afeto à sistemática dos recursos repetitivos. Assim, a probabilidade de que uma decisão favorável àquele aposentado interferisse em todo o mercado de crédito era remota. O segundo ponto é que, ainda que eventual acórdão favorável ao devedor tivesse o potencial de

influenciar o mercado de crédito, tal influência se daria, com maior probabilidade, no sentido de motivar as instituições financeiras a adotarem comportamento mais responsável na concessão do crédito, com o que o mercado só teria a ganhar.

Finalmente, quanto à sugestão feita por um dos Ministros de que o devedor simplesmente podia transferir o recebimento dos proventos para outro banco, tem-se que não se afigura adequada. Essa conduta levaria, verdadeiramente, à perpetuação da dívida, ante o não-pagamento mensal de sequer parte do débito. A migração de banco resultaria muito pior, para credor e devedor, do que a limitação do desconto mensal em patamar razoável que possibilitasse o adimplemento.

A discussão sobre o limite para desconto em conta corrente de empréstimo não consignado levou à instauração do Tema Repetitivo 1085, julgado em 9 de março de 2022, firmando-se a seguinte tese: *"São lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta corrente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação prevista no § 1º do art. 1º da Lei n. 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento"*. Duro golpe para os superendividados que viam no Judiciário a possibilidade de salvaguardar o mínimo para sua subsistência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei do Superendividamento tem o mérito de reforçar e sistematizar a proteção aos consumidores nos contratos de oferta de crédito, a fim de prevenir e tratar o superendividamento. A lei exige responsabilidade do fornecedor na análise e na oferta de crédito, especialmente quando o contratante for pessoa em situação de vulnerabilidade agravada, como é o caso das pessoas idosas. Insta salientar, contudo, que esse dever não surgiu na data de publicação da mencionada lei, mas já constava do CDC, enfatizado em artigos específicos como os arts. 4º, 6º, 39 e 52.

Ao julgar o Recurso Especial nº 586.316²⁷, o Ministro Herman Benjamin sublinhou que os hipervulneráveis são os que mais demandam atenção do sistema

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *Recurso Especial nº 586.316*. Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009.

de proteção ao consumidor, incluindo nesse sistema de proteção o Poder Judiciário. É de esperar, portanto, que ante o abuso de direito das instituições financeiras e a vulnerabilidade agravada das pessoas idosas, o Poder Judiciário, quando chamado a intervir, faça-o no sentido de reequilibrar a relação de consumo, corrigindo seus desvios. É certo que não pode fazer tábula rasa do princípio da autonomia da vontade, mas, por outro lado, deve ter na mais alta conta a dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição e, conseqüentemente, de todo o ordenamento jurídico pátrio.

A análise dos precedentes selecionados do STJ evidencia correntes discrepantes e resultados diversos diante de quadros fáticos semelhantes. No primeiro caso, a dignidade da pessoa humana foi invocada a fim de limitar os descontos sobre os proventos de aposentadoria a 30%; no segundo, prevaleceu a autonomia da vontade privada e foi mantido desconto de 50% sobre a aposentadoria. Os onze casos não comentados neste artigo indicam que a segunda corrente tem prevalecido, isso quando o mérito chega a ser examinado²⁸.

Constata-se, portanto, que o STJ tem privilegiado os princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade privada, desconsiderando a situação de hipervulnerabilidade dos idosos nas relações que envolvem a oferta de crédito. Ademais, falta à Corte sensibilidade para os temas da dignidade da pessoa humana e da preservação do mínimo existencial.

Predomina a ideia de que o endividamento excessivo é culpa exclusiva do indivíduo, que teria contratado porque quis, tendo plena consciência do que fazia, e depois teria deixado de pagar também porque quis, não porque não conseguia fazer os pagamentos sem comprometer sua subsistência. Desconsideram-se dados como o assédio das instituições financeiras, as pressões familiares para a contratação de empréstimos e a baixa escolaridade das pessoas idosas, todos fatores que

²⁸ Quatro recursos não foram conhecidos: AgRg no AREsp 354720/SP, AgInt no REsp 1813751/PB, AgInt no REsp 1847819/PB e AgInt no AREsp 1555559/MS. Seis tiveram decisão desfavorável à pessoa idosa: AgRg na MC 16128/RS, REsp 1862324/CE, REsp 1862330/CE, REsp 1868099/CE e REsp 1907394/MT, REsp 1358057/PR (este último era, na origem, uma ação civil pública que visava a alterar regras de um cartão de crédito direcionado ao público idoso). Um único recurso teve resultado favorável: REsp 1783731/PR (também uma ação civil pública, que buscava afastar restrição etária da Caixa Econômica Federal para a oferta de crédito consignado; entendeu-se que a restrição protegia a pessoa idosa, configurando-se discriminação positiva).

dificultam uma tomada de decisão consciente, esclarecida e segura quanto aos riscos da contratação de crédito. Essa ideia equivocada tem prevalecido no STJ.

Espera-se que a Lei do Superendividamento, ao organizar e aprofundar o tema, inclusive com a introdução de sanções judiciais para os casos em que o fornecedor promova a oferta irresponsável de crédito, desperte o Poder Judiciário para a necessidade de analisar o superendividamento não como uma falha de caráter do indivíduo, mas como um problema social. Assim despertados, acredita-se que os julgadores estarão aptos a corrigir a conduta abusiva dos fornecedores, educando o sistema financeiro e orientando-o rumo a um comportamento mais responsável e cauteloso, como prescreve o Código de Defesa do Consumidor.

O intuito das instituições financeiras, como atividades empresariais que são, é o lucro e uma das fontes desse lucro é o endividamento dos consumidores, já que o endividamento gera o pagamento de juros de mora e outros encargos. O que limita a atividade empresarial é o balizamento normativo e a aplicação dessas normas pelo Poder Judiciário, de modo que a busca pelo lucro – legítima em uma economia de mercado – não atropela o valor fundamental da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18 n. 116, p. 533-558, out. 2016/jan. 2017.

Disponível em:

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1281>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Justiça em Números 2021: ano-base 2020*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. *Boletim Estatístico da Previdência Social*, v. 26, n. 8. Brasília, ago. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/beps082021_final.pdf. Acesso em: 16 out. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor*, v. 1, abr. 2011, p. 185-196.

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 107, p. 309-341 set./out, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 393-423, jul./ago. 2015.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; STASI, Mônica di. O superendividamento dos consumidores no Brasil: a importância da aprovação da Lei 14.181/2021 em meio à crise econômica gerada pela pandemia da COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 136, p. 499-65, jul./ago. 2021.

SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA. *Plano de ação para enfrentamento da violência contra a pessoa idosa*. Brasília, 2007.

17. RESOLUÇÃO 11/2021 DO MERCOSUL E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ARGENTINO E A LEI BRASILEIRA Nº 14.181/21



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-17>

*Marceli Tomé Martins*¹

*Laila Roxina Moliterno Abi Cheble*²

RESUMO

A problemática da presente pesquisa tem como base a harmonização normativa em matéria de Direito do Consumidor, consequência da integração regional proposta pelo MERCOSUL, quanto ao superendividamento, analisando comparativamente o projeto de Código de Defesa do Consumidor argentino com a recente Lei do Superendividamento brasileira. O objetivo geral é identificar as semelhanças e diferenças no tratamento extrajudicial e judicial da situação de superendividamento do consumidor, entre ambas as legislações, em conformidade à Resolução 11/2021 do MERCOSUL, que dispõe sobre a proteção ao consumidor hipervulnerável. A pesquisa foi desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo, partindo da hipótese de que as legislações estão em conformidade com o objetivo do bloco de harmonização normativa em busca de uma efetiva proteção dos consumidores hipervulneráveis, com subsídios doutrinários e comparativo de legislações. Observa-se a tamanha importância das normas em comento, que trazem um novo paradigma às relações de consumo.

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS). Bolsista de Iniciação Científica FAPERGS no projeto Efetividade do Direito do Consumidor, vinculado ao Grupo de Pesquisa CNPq Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização, coordenado pela Profa. Dra. Dr.h.c. Claudia Lima Marques. E-mail: marcelitomemartins55@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6726705866095889>. Orcid: 0000-0003-2911-0177.

² Mestranda em Direito com ênfase em Direito Europeu e Alemão sob orientação da Profa. Dra. Dr. h.c. Claudia Lima Marques pela Universidade Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS) vinculada ao Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Bolsista CAPES. Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra. Membro do grupo de Pesquisa CNPq Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização. Advogada pela Universidad Nacional de Tucumán. E-mail: lailamoliterno@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1823469579121064>. Orcid: 0000-0001-9017-2129.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Superendividamento; MERCOSUL; Argentina; Brasil.

ABSTRACT

This paper aims to point out the normative harmonization in Consumer Law, a consequence of regional integration proposed by MERCOSUR, regarding over-indebtedness, analyzing comparatively the Argentinean project of the Consumer Protection Code with the recent Brazilian Over-indebtedness Law. The general objective is to identify the similarities and differences in the extrajudicial and judicial treatment of the consumer's over-indebtedness situation between both legislations, in accordance with MERCOSUR's Resolution 11/2021, which provides for the protection of hypervulnerable consumers. The research was developed through the hypothetical-deductive method, starting from the hypothesis that the legislations are in accordance with the objective of the normative harmonization block in search of an effective protection of hypervulnerable consumers, with doctrinal subsidies and comparative legislation. It is observed the great importance of the rules in question, which bring a new paradigm to consumer relations.

Keywords: Consumer Law; Over-indebtedness; MERCOSUR; Argentina; Brazil.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Mercosul, hipervulnerabilidade e superendividamento; 3. Projeto de código de defesa do consumidor argentino; 4. Lei brasileira nº 14.181/21; 5. Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O mundo globalizado, somado aos avanços tecnológicos, possibilita, cada vez mais, um maior acesso aos mais variados produtos e serviços disponíveis aos consumidores, sejam financeiros, como o crédito, sejam ligados à satisfação de suas necessidades básicas, alimentícios, vestuários, entre outras. Assim, na sociedade de

consumo contemporânea, cada vez mais complexa, concorrida e dinâmica, o binômio inclusão-exclusão se faz presente, principalmente, acompanhado do paradoxo de incluir, possibilitando o acesso ao consumo, mas excluir, estigmatizando aquele que, por fatores da vida, não mais consegue ou é impossibilitado de ter acesso ao consumo.

Considerando que o consumo é um direito humano, pois é necessário para garantir uma existência digna, ao tempo em que se apresenta como uma faceta importante dentro do esquema de cidadania. Assim, os Estados devem velar para que todos exerçam os seus direitos em um plano de igualdade, o que inclui o direito ao consumo, sendo este uma "porta de entrada" à própria sociedade.

Procura-se trazer ao debate o crescimento do fenômeno do superendividamento e a necessidade de adoção de medidas protetoras para salvaguardar as famílias como um todo e as pessoas como consumidoras. Adota-se como valor guia a dignidade da pessoa humana que deve ser colocada em cima de todos os debates.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem foco no tocante à harmonização normativa em matéria de Direito do Consumidor, consequência da integração regional proposta pelo MERCOSUL, quanto ao superendividamento, analisando comparativamente o projeto de Código de Defesa do Consumidor argentino, que pretende substituir a Lei de Defesa do Consumidor, com a recente Lei brasileira nº 14.181/21, ou Lei do Superendividamento.

Tem como método o hipotético-dedutivo, a hipótese de pesquisa é que as legislações estão em conformidade com o objetivo do bloco de harmonização normativa em busca de uma efetiva proteção dos consumidores hipervulneráveis, indo em direção ao proposto na Resolução 11/2021 do MERCOSUL.

Este trabalho desenvolve-se na seguinte estrutura: uma primeira parte onde serão abordados os conceitos de hipervulnerabilidade e superendividamento dos consumidores e a importância de que haja uma harmonização legislativa na região do Mercosul, uma segunda parte que visa trazer ao debate os projetos para o estabelecimento de um Código de Defesa do Consumidor argentino, uma terceira onde salienta-se a importância da Lei brasileira nº 14.181/21 (recentemente aprovada e verdadeira legislação de ponta na região) e as considerações finais.

2 MERCOSUL, HIPERVULNERABILIDADE E SUPERENDIVIDAMENTO

Conforme Bauman o “consumo irrestrito”³ é colocado como o local desejável, das pessoas bem sucedidas na sociedade de consumo. Nessa linha, expressa-se Garcia Canclini, que assinala que nosso tempo caracteriza-se pelas fraturas e heterogeneidade⁴ Assim, o ato de consumo se apresenta ligado não só a satisfação de necessidades materiais, como também a própria cidadania.

Erik Jayme ensina que os Direitos Humanos são o fio condutor da pós-modernidade (*leiv motiv*).⁵ É assim que esses debates permeiam todos os ramos do Direito e entre eles o Direito do Consumidor, que visa proteger a parte fraca nessa relação negocial. Nessa perspectiva, Lima Marques e Castellanos Pfeifer fazem uma bela metáfora que nos ilustra sobre o superendividamento, assim como nesse contexto de pandemia da COVID-19 precisamos das vacinas para nos proteger, os consumidores e consumidoras endividados precisam uma lei que os auxilie, os inclua novamente e “salve” do flagelo da pobreza.⁶

Nos últimos anos, o número de pessoas endividadas têm aumentado significativamente. Assim, conforme um levantamento do Fundo Monetário Internacional divulgado pela BBC, o endividamento dos consumidores na América Latina aumentou rapidamente, de 15% em 2013 para 20% em 2016, como porcentagem do Produto Interno Bruto (PIB).⁷

A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) em seu relatório “Panorama Social de América Latina”, aponta que a pobreza e desigualdade são problemas estruturais na região e assim, tem apontado que o conceito de igualdade envolve não só “[...] igualdade de meios (rendimentos, bens produtivos e

³ BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Ed. Gedisa, 2015, p. 115.

⁴ CANCLINI, Néstor Garcia. El consumo sirve para pensar. In: CANCLINI, Néstor Garcia. *Consumidores y ciudadanos: Conflictos multiculturales de la globalización*. México: Grijalbo, 1995, p. 47.

⁵ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, p. 24-40, 1999.

⁶ MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015. *Conjur*, 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015?pagina=3>. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁷ BARRÍA, Cecilia. Os 10 países da América Latina onde as pessoas estão mais endividadas. *BBC*, 12 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41571745>. Acesso em: 28 abr. 2022.

financeiros e propriedade), mas também igualdade de capacidades, autonomias e reconhecimento recíproco e, fundamentalmente, igualdade de direitos."⁸

Assim, considerando que a igualdade de oportunidades e capacidades pontualmente nas relações de consumo é chave para a região mercosulina, revisa-se a importância de que o superendividamento seja contemplado na harmonização legislativa do bloco.

O Mercosul considera que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços de forma gratuita ou onerosa como destinatário final, em uma relação de consumo ou como consequência ou em função dela".⁹ Ressaltando, no entanto, não se tratar de consumidor quem consome algo não sendo o destinatário final, isto é, quem produz, transforma, comercializa ou presta a terceiro.

Nessa linha, desde a sua fundação em 1991 o bloco trata da questão da defesa do consumidor, criando o Comitê Técnico nº 7 em 1995, que é destinado aos temas de proteção desses vulneráveis, sendo um importante instrumento de diálogo entre os Estados-Partes, em se tratando de Direito do Consumidor.

Indo em direção à dimensão social que visa estabelecer, foi aprovada em 26 de agosto de 2021 a Resolução 11/2021¹⁰, dispondo sobre a proteção aos consumidores hipervulneráveis, os definindo como:

[...] as pessoas físicas com vulnerabilidade agravada, desfavorecidos ou em desvantagem por razão de sua idade, estado físico ou mental, ou circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais que provoquem especiais dificuldades para exercer com plenitude seus direitos como consumidores no ato concreto de consumo que realizarem.

⁸ No original: "[...] una igualdad de medios (ingresos, activos productivos y financieros y propiedad), sino también a una igualdad de capacidades, autonomías y reconocimiento recíproco y, fundamentalmente, a una igualdad de derechos." COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. *Panorama Social de América Latina*. Santiago: Publicación de las Naciones Unidas, 2019. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁹ MERCOSUL. *Resolução nº 34/2011*. Defesa do Consumidor - Conceitos Básicos. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/2535>. Acesso em: 21 abr. 2022.

¹⁰ MERCOSUL. *Resolução 11/2021*. Proteção ao consumidor hipervulnerável. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3768>. Acesso em: 23 abr. 2022.

A presunção de hipervulnerabilidade não é absoluta e deve ser atendida no caso concreto, em função das circunstâncias da pessoa, tempo e local.

Além disso, a Resolução lista algumas das possíveis causas de hipervulnerabilidade, que devem ser analisadas conforme o caso concreto, como: ser criança ou adolescente; ser idoso; ter a condição de pessoa migrante; pertencer a uma família monoparental a cargo de filhas/os menores de idade ou com deficiência; entre outras.

Embora ainda não incorporada pelos Estados-Partes, a Resolução representa um grande avanço à efetiva proteção dos consumidores mercosulinos, principalmente em se tratando de superendividamento, listando um rol de medidas que os Estados devem adotar internamente para, por exemplo, adequar os seus procedimentos administrativos ou judiciais para o pleno exercício de direitos desses consumidores, implementando ações de educação, divulgação, informação e proteção diferenciada a eles.

Nesse sentido, mesmo a Resolução não citando diretamente o superendividamento. Este, por interpretação e analogia, encontra-se nela contemplado, principalmente quando trata da causa de hipervulnerabilidade ligada à situação de vulnerabilidade socioeconômica, quando circunstâncias sociais e econômicas provocam ao cidadão dificuldade em exercer os seus direitos enquanto consumidor. Assim,

A agravante é que, no caso do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, os consumidores podem ser levados mais facilmente a situações de insolvabilidade em face do grau de formação/educação, da instabilidade na economia e do desemprego. Além disso, o baixo rendimento de grande parte da população pode contribuir para o rápido alastramento do superendividamento, pois qualquer imprevisto ou acidente da vida desequilibra o orçamento doméstico e impossibilita o pagamento das dívidas, muitas vezes com prejuízo ao sustento da família. A miséria, que, muitas vezes, está associada ao superendividamento dos consumidores nesses países, é mais um desafio a ser enfrentado na realização das políticas públicas voltadas para a prevenção e o tratamento do

superendividamento.¹¹

Conceitualmente, Lima Marques ensina com maestria que:

O superendividamento pode ser definido como a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio.

Essa minha definição 43 destaca que o superendividamento é um estado da pessoa física leiga (o não profissional ou o não empresário, que pode falir), um devedor de crédito que o contraiu de boa-fé, mas que agora se encontra em uma situação de impossibilidade (subjativa) global (universal e não passageira) de pagar todas as suas dívidas atuais (já exigíveis) e futuras (que vão vencer) de consumo com a sua renda e patrimônio (ativo) por um tempo razoável (a indicar que teria de fazer um esforço por longos anos, quase uma escravidão ou hipoteca do futuro, para poder pagar suas dívidas).¹²

Dessa forma, mostra-se essencial que o bloco e seus Estados-Partes, em destaque neste trabalho Brasil e Argentina, passem a tratar especificamente da matéria, levando em consideração, principalmente, o propósito de harmonização normativa¹³ pretendido pelo bloco e a importância social da problemática.

¹¹ LIMA, Clarissa Costa de. O mercosul e o desafio do superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 73, p. 11-50, 2010, n.p. Ricardo Luis.

¹² MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 2, p. 563-593, 2011, n.p.

¹³ Nota-se que nas considerações de quase todas as normativas em matéria de Direito do Consumidor do bloco é tratada a referida harmonização, como, por exemplo, na Resolução 11/2021, dispondo que "é importante aprofundar a harmonização normativa em matéria de defesa do consumidor no âmbito do MERCOSUL." (MERCOSUL. *Resolução 11/2021*. Proteção ao consumidor hipervulnerável. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3768>. Acesso em: 23 abr. 2022.)

3 PROJETO DE CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ARGENTINO

Conforme assinala Lorenzetti, o direito do consumidor argentino é caracterizado pela sua "singularidade sistemática"¹⁴, que tem concordância com a evolução do Direito do Consumidor na Argentina, pois ele tem surgido como uma "legislação especial" e na atualidade apresenta-se como um "microsistema jurídico", tendo em vista que a proteção do consumidor encontra-se tanto na Constituição (reforma constitucional de 1994), quanto em leis infraconstitucionais.

Assim, atualmente, o referido microsistema integra-se com a Lei N° 24.240/1993 (*Ley de Defensa del Consumidor*), Lei N° 25.156/1999 (*Ley de Defensa de la Competencia*) Lei N° 22.802/1983(*Ley de Lealtad Comercial*), além das próprias disposições do Código Civil e Comercial, de 2014.

Nessa linha, parte da doutrina consumerista tem concordado que seria preciso "reconhecer a tradição e cultura jurídica"¹⁵ que a Lei N° 24.240 (em vigência há três décadas) gerou, assim como, no entanto, diagramar soluções aos problemas de aplicação que permaneciam em aberto. Portanto, apresentaram-se vários projetos com intuito de reformar a matéria. Vale a pena salientar que o Código Brasileiro se apresentou como um "verdadeiro modelo", conforme Stiglitz¹⁶, nas instâncias de reforma da Lei.

Assim, no ano de 2020 foram apresentados dois projetos de CDC na câmara de Deputados, nomeadamente: *Código de Defensa del Consumidor*¹⁷ (Projeto 3143-

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. "Derecho del consumidor en un mundo en transformación" in *O Direito do Consumidor no mundo em transformação: Em comemoração aos 30 anos de Código de Defesa do Consumidor*, BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM (org.), Thomson Reuters, São Paulo, 2020, pp. 233-234.

¹⁵HERNANDEZ, Carlos; JAPAZE, María Belen; OSSOLA, Federico; SOZZO, Gonzalo; STIGLITZ, Gabriel. Antecedentes del Actual Proyecto de Defensa del Consumidor. *La Ley*, n. 39, 2020, p. 01.

¹⁶ STIGLITZ, Gabriel. El Código brasileiro de defensa del consumidor, como modelo para Argentina. In: BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Direito do Consumidor no Mundo em Transformação*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 170.

¹⁷ Esse projeto foi apresentado pelos Deputados do partido político "Juntos por el Cambio", com as assinaturas dos seguintes deputados: Alfredo Cornejo(UCR), Diego Mestre (UCR), Gabriela Lena(UCR), Alejandro Cacace (UCR), Albor Cantard(UCR), Ezequiel Fernandez Langan (PRO), Jimena Latorre(UCR). Data de apresentação: 26/06/2020. (ARGENTINA. *Proyecto de ley 3143-D-2020*. Proyecto De Código De Defensa Del Consumidor. Disponível em: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf> . Acesso em: 25 abr. 2022.)

D-2020) e *Código de Defensa de las y los Consumidores*¹⁸ (Projeto 5156-D-2020). Ambos os projetos possuem uma articulação semelhante, com 186 e 187 artigos, respectivamente.

Nesses projetos, os primeiros três artigos referem-se às mesmas temáticas: no artigo 1º define-se a relação do consumo, enquanto no artigo 2º a de consumidor (pessoa humana ou jurídica que adquire bens ou serviços gratuitamente ou por uma contraprestação, como destinatário final, em seu próprio benefício ou em benefício de sua família ou grupo social), sendo o artigo 3º referente aos consumidores hipervulneráveis: “seres humanos que, além de sua vulnerabilidade estrutural no mercado, também se encontram em outras situações de vulnerabilidade”, entre as quais se destacam: idade, sexo, estado de saúde e outras circunstâncias sociais, que tornam especialmente difícil para eles exercer plenamente os seus direitos. Assim, ambos os projetos reconhecem a vulnerabilidade e a vulnerabilidade agravada (ou hipervulnerabilidade) nas relações de consumo.

No que tange ao superendividamento, este encontra-se expressamente contemplado no artigo 81 de ambos os projetos, afirmando-se:

Superendividamento dos consumidores. O superendividamento dos consumidores é uma situação caracterizada por sérias dificuldades no cumprimento das obrigações devidas ou a serem devidas em breve, o que compromete o acesso e o gozo aos bens essenciais. O destinatário da proteção especial prevista no presente Código é o consumidor enquanto pessoa humana.

Assim, os projetos apontam a um aspecto chave do superendividamento: há uma grande dificuldade no cumprimento das obrigações e isso “compromete o acesso aos bens essenciais” da pessoa humana, salientando-se compromissos estatais ligados à sua prevenção.

¹⁸ Esse projeto foi apresentado pelos Deputados do bloco político “Frente de Todos”, com as assinaturas dos seguintes deputados do referido bloco: Maria Schwindt, Lucas Godoy, Walberto Allende, Carlos Cisneros, Martin Soria, Vanesa Massetani, Ayelen Sposito, Ana Gaillard, Paula Penacca, Maria Alvarez Rodriguez, Cecilia Moreau, Susana Landriscini, Pablo Yedlin, Alejandro Bermejo. Data de Apresentação: 01/10/2020. (ARGENTINA. *Projeto de ley 5156-D-2020*. Código de Defensa de las y los Consumidores. Disponível em: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/5156-D-2020.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2022.)

Nesse ordem de ideais, os projetos trazem em seus textos disposições que pautam-se no comprometido do Estado com a problemática, nomeadamente: se contempla a prevenção e saneamento do superendividamento como política central do Estado (artigo 82), a adoção de planos que tenham por finalidade a educação financeira para prevenir o superendividamento (artigo 83) e a adoção de medidas "substanciais e procedimentais" para prevenir o referido endividamento (artigo 84).

Ainda mais, se prevê um tratamento judicial ou extrajudicial da pessoa superendividada, a sua escolha (artigo 82), que será apresentado após salientada a sua importância, tendo em vista que a realidade socioeconômica da Argentina não é diferente de seu par brasileiro, pois o superendividamento se constitui como uma problemática que afeta a própria dignidade dos cidadãos.

É notório um aumento do superendividamento na pandemia, ao tempo em que 90% das famílias argentinas se endividaram durante 2020.¹⁹ A própria UNICEF tem salientado que uma em cada cinco famílias com crianças enfrentam dívidas em 2020, fato que afeta diretamente a qualidade de vida desses núcleos familiares.²⁰ Ainda mais, nessa comunicação, a UNICEF aponta que entre as famílias endividadas, 36% está ligado a necessidades alimentares, situação que se agrava em vilas e assentamentos.

Tomando em consideração que a pandemia significou um aprofundamento da crise econômica, atingindo seu pico entre abril e junho de 2020, onde o 87% das famílias encontrava-se endividada²¹ na República Argentina, ainda que o Estado tenha adotado medidas (como o IFE, *ingreso familiar de emergencia*).

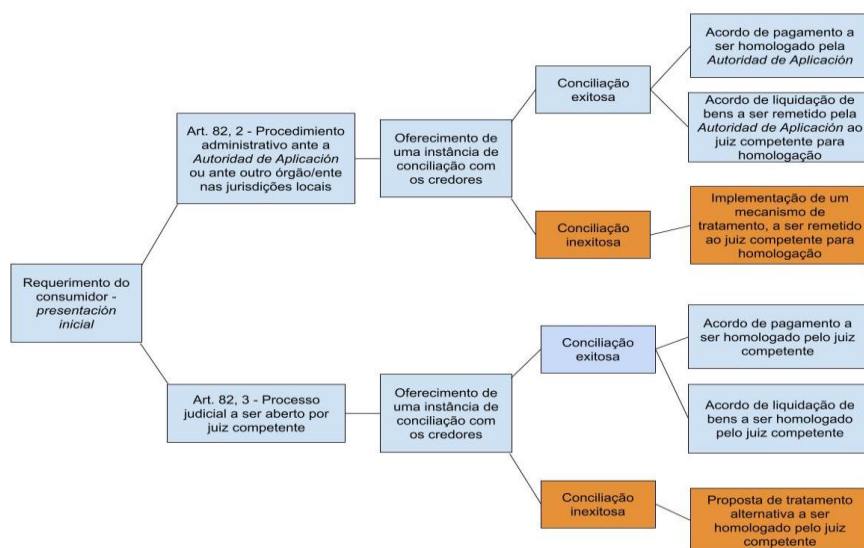
Uma novidade nos projetos é que o próprio consumidor poderá iniciar ante a Autoridade de Aplicação um procedimento preventivo ou um procedimento judicial

¹⁹ GÓMEZ, Belén, Las familias intentando salir a flote con sus deudas. *Vaconfirma*, 11 de dezembro de 2021. Disponível em: https://vaconfirma.com.ar/?articulos_seccion_716/id_14547/las-familias-intentando-salir-a-flote-con-sus-deudas. Acesso em: 28 abr. 2022.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Perda de renda de trabalho afeta 4 em cada 10 famílias com crianças*. Argentina, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/la-perdida-de-ingresos-laborales-afecta-4-de-cada-10-hogares>. Acesso em: 28 abr. 2022.

²¹ ORIGLIA, Gabriela. Economía de cuarentena: ¿cuánto suman las deudas de las familias?. *La Nación*, 1 de novembro de 2020. Disponível em: https://www.lanacion.com.ar/economia/economia-en-cuarentena-mas-deudas-en-las-familias-un-efecto-fuerte-de-la-crisis-nid2495091/?fbclid=IwAR3YL7zXT-wy1_jV2naAH2r_LOr8LE9KIQOPo03Co80oilJ4oZdwMiR1uCQ. Acesso em: 28 abr. 2022.

ante o juiz competente. De qualquer forma, durante esses procedimentos, devem ser respeitados os princípios de: ordem pública de proteção ao consumidor e em especial ao hipervulnerável, dignidade humana, prevenção de riscos, boa-fé, empréstimo responsável, sustentabilidade dos remédios para a situação e eficácia procedimental, conforme apontado no artigo 82. O procedimento é exemplificado conforme o organograma:



Organograma: Marceli Tomé Martins

Prevê-se que ambos os trâmites possuem etapas parecidas: ambos se iniciam com a solicitação do consumidor, que deverá realizar uma apresentação inicial onde serão analisados se os quesitos formais foram cumpridos, como o passivo do devedor, os antecedentes e a situação atual, seguidamente se realiza a abertura do procedimento pelo juiz ou autoridade administrativa (no caso de cumprimento dos quesitos), logo se realiza uma convocatória para conciliação com os credores (individual ou coletiva), *a posteriori* o passivo deverá ser renegociado para a celebração de um acordo de pagamento e/o liquidação de bens. Isso lembrando que o objetivo final no procedimento será a reabilitação da pessoa consumidora superendividada, ou seja, a sua reinclusão no sistema.

Apresenta-se também como inédito que restando exitosa a conciliação, o acordo de pagamento ou de liquidação de bens deverá ser homologado. No entanto,

restando inexitosa, será proposto um tratamento alternativo a ser homologado pelo juiz competente.

4 LEI BRASILEIRA Nº 14.181/21

Foi promulgada, no dia 1º de julho de 2021, a Lei do Superendividamento, atualizando o Código de Defesa do Consumidor com um avançado rol de direitos básicos, como o crédito responsável, a educação financeira e a prevenção e tratamento de situações de superendividamento consumidor, dispondo, conceitualmente, no Art. 54-A § 1º que:

Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.²²

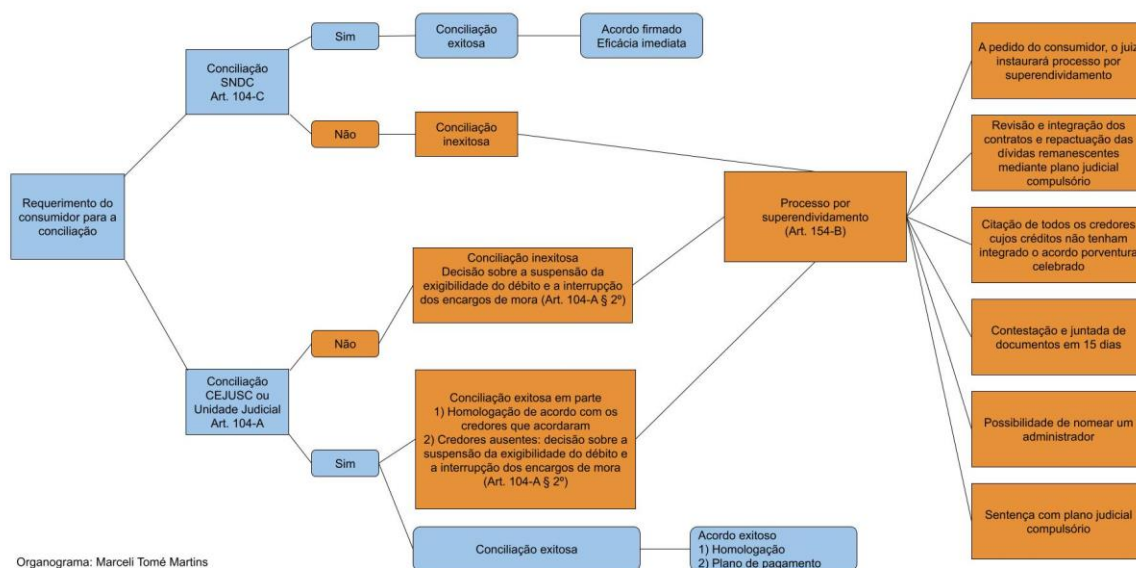
A ideia central da lei é reincluir o consumidor em situação de superendividamento novamente no mercado de consumo, reforçando a cultura do pagamento de dívidas e da inclusão social, em detrimento da estigmatização e da exclusão social, indo em direção à proteção da dignidade da pessoa humana, ao zelar pelo mínimo existencial, entendido como:

O mínimo existencial tem fonte constitucional, e a Lei 14.181/2021 inclui o mínimo existencial como parte integrante da definição de superendividamento, o que é uma inovação. A proteção do mínimo existencial e a proteção das condições mínimas de sobrevivência do consumidor pessoa natural respeita o princípio da "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III da CF/1988), da proteção especial e ativa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/1988) e concretiza o objetivo fundamental da República de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades

²² BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

sociais e regionais" (art. 3o, III, da CF/1988), assim como realiza a finalidade da ordem constitucional econômica de "assegurar a todos existência digna" (art. 170 da CF/1988).²³

No aspecto procedimental, a lei trata de um procedimento bifásico para o tratamento da situação de superendividamento exemplificado no seguinte organograma:



Primeiro, a requerimento do consumidor superendividado, será instaurado o processo de repactuação de dívidas, com a realização de audiência conciliatória, tanto pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) ou Unidade Judicial (Art. 104-A), quanto, concorrente e facultativamente, pelos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (Art. 104-C). A lei privilegia a realização da conciliação, na qual, com a presença de todos os credores, o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 anos.

No entanto, se não houver êxito na conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz poderá, a requerimento do consumidor, instaurar o processo por

²³ MARQUES, Claudia Lima. Notas sobre a lei 14.181/2021: a noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 137, p. 387-405, 2021, n.p.

superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes, mediante plano judicial compulsório (Art. 104-B), o qual deve assegurar aos credores, no mínimo, o valor do principal devido (Art. 104-B, § 4º).

A lei mostra a sua face urgente e necessária quando passamos a entender a realidade brasileira, principalmente em se tratando da tomada de crédito, sendo este e o consumo duas faces da mesma moeda, tendo em vista que "para consumir muitas vezes necessito crédito; se há crédito ao consumo, a produção aumenta e a economia se ativa, há mais emprego e aumenta o "mercado" de consumo brasileiro."²⁴ O que, no fim, por fatores da vida e acúmulo de dívidas, pode gerar uma reação em cadeia:

Consumidores inadimplentes são incluídos em bancos de dados negativos, possuem dificuldade de serem incluídos no mercado de trabalho (porque alguns empregadores consideram o fato da negativação como fator para a não contratação), agravando ainda mais a situação financeira do devedor e de sua família. Este contexto força o consumidor ao corte das despesas com necessidades básicas para uma existência digna, como plano de saúde, alimentação, vestuário, transporte e lazer, impedindo-o de empreender ou manter um projeto pessoal de vida.

Todo este panorama gera tensões familiares, podendo acarretar situações de divórcio, problemas de saúde (depressão, sentimento de culpa, vícios em drogas e álcool, entre outros), negligência na educação dos filhos, baixa autoestima, baixa produtividade no trabalho, formando-se um verdadeiro ciclo vicioso de exclusão social.²⁵

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²⁶, o rendimento médio real do trabalho principal como empregado no setor privado com carteira de

²⁴ MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 2, p. 563-593, 2011, n.p.

²⁵ GARCIA, Leonardo. Um novo olhar para o problema do superendividamento. *Conjur*, 26 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/olhar-problema-superendividamento>. Acesso em: 24 abr. 2022.

²⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua* - Trimestre móvel dez-jan-fev de 2022. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/home/pnadcm>. Acesso em: 24 abr. 2022.

trabalho assinada, no trimestre de dezembro a fevereiro de 2022, foi de R\$2.421,00, em comparação ao rendimento médio real de R\$1.621,00 como empregado no setor privado sem carteira de trabalho assinada no mesmo período, sendo o salário mínimo nacional de R\$1.212. No entanto, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos²⁷ estima que o salário mínimo necessário seria de R\$6.394,76, isto é, um salário capaz de suprir as necessidades básicas dos cidadãos.

Levando em consideração que, entre as pessoas na força de trabalho, no quarto trimestre de 2021, a população ocupada foi de 95,7 milhões de pessoas, sendo 34,4 milhões no setor privado, e a desocupada foi de 12 milhões.²⁸ Ainda, válido mencionar a última Pesquisa de Orçamentos Familiares realizada em 2017/2018 – mesmo tendo sido realizada antes da pandemia e da crise econômica e social dela resultante –, a qual mostra que as despesas de consumo na distribuição da despesa monetária e não monetária média mensal familiar representava 81% da despesa total, sendo o maior gasto em habitação (36,6%) e alimentação (17,5%).²⁹

Dessa forma, a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic)³⁰, de março de 2022, aponta que 77,5% das famílias se encontram endividadas – maior proporção já apurada pela pesquisa –, 27,8% estão com contas ou dívidas em atraso e que 10,8% afirmam que não terão condições de pagar as dívidas, sendo de 17,6% a proporção das famílias que se declararam “muito endividadas”. Dessa forma:

A alta da inflação tem deteriorado os orçamentos domésticos, culminando no acirramento dos indicadores de inadimplência desde o início do ano. Mesmo com

²⁷ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos: Salário mínimo nominal e necessário - março de 2022*. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 24 abr. 2022.

²⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - 4º trimestre 2021*. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/home/pnadct>. Acesso em 24 abr. 2022.

²⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa de Orçamentos Familiares 2017-2018*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

³⁰ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO. *Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic) – março de 2022*. Disponível em: <https://portal-bucket.azureedge.net/wp-content/2022/03/cd0bc1b33fc9fbb6a8fb63bb18c866f8.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

os juros médios de mercado quase 7 pontos percentuais maiores do que há um ano, o endividamento encerrou o primeiro trimestre na maior proporção histórica e apontando tendência de alta.

[...]

A continuação do encarecimento do crédito e a fragilidade apontada no mercado de trabalho devem seguir afetando a dinâmica da inadimplência das famílias nos próximos meses, em que, entre as de menor renda, os dois indicadores de inadimplência indicam tendência cada vez mais positivamente inclinada.

Portanto, diante da realidade brasileira, a lei representa um grande avanço para a proteção dos hipervulneráveis que se encontram em situação de superendividamento, beneficiando não só o consumidor em si, mas a sociedade como um todo, tendo em vista que voltará a participar ativamente do mercado de consumo e tendo a possibilidade de arcar com as dívidas assumidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, percebe-se que a proteção aos consumidores hipervulneráveis está em avanço nas pautas do Mercosul, evidenciada pela Resolução 11/2021, mesmo o bloco ainda não contando com uma normativa própria sobre o superendividamento.

Assim, em análise à Lei de Superendividamento brasileiro e ao Projeto de Lei argentino, nota-se que o ponto principal é a prevenção ao superendividamento, ambas trazendo um atualizado rol de direitos básicos e princípios a serem observados no mercado de consumo, como o crédito responsável.

Quanto ao tratamento, ambas se mostram ajustadas à dignidade da pessoa humana, oferecendo a conciliação na renegociação das dívidas e a reinclusão do consumidor superendividado ao mercado de consumo.

O conceito de superendividamento em ambas as normas segue o mesmo intuito, partindo da dificuldade do consumidor em pagar as suas dívidas exigidas ou exigíveis, sem comprometer o seu mínimo existencial, conforme a brasileira, ou sem comprometer o acesso e gozo de bens essenciais, para a argentina.

A principal diferença entre as normativas é que a Lei brasileira privilegia a fase extrajudicial, sendo o processo judicial por superendividamento unicamente para caso não houver êxito na conciliação em relação a quaisquer credores, enquanto no projeto argentino, o consumidor pode optar entre o procedimento extrajudicial ou o processo judicial.

Portanto, as legislações estão em conformidade com o objetivo do bloco de harmonização normativa em busca de uma efetiva proteção dos consumidores hipervulneráveis, indo em direção ao proposto na Resolução 11/2021 do Mercosul.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Proyecto de Ley 3143-D-2020*. Proyecto De Código De Defensa Del Consumidor. Disponível em: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ARGENTINA. *Proyecto de ley 5156-D-2020*. Código de Defensa de las y los Consumidores. Disponível em: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/5156-D-2020.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BARRÍA, Cecilia. Os 10 países da América Latina onde as pessoas estão mais endividadas. *BBC*, 12 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41571745>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Ed. Gedisa, 2015.

BRASIL. *Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

CANCLINI, Néstor García. El consumo sirve para pensar. In: CANCLINI, Néstor García. *Consumidores y ciudadanos: Conflictos multiculturales de la globalización*. México: Grijalbo, 1995.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. *Panorama Social de América Latina*. Santiago: Publicación de las Naciones Unidas, 2019. p.14

Disponível em:

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf.

Acesso em: 25 abr. 2022.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO. *Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic)* – março de 2022. Disponível em: <https://portal-bucket.azureedge.net/wp-content/2022/03/cd0bc1b33fc9fbb6a8fb63bb18c866f8.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos: Salário mínimo nominal e necessário* - março de 2022. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 24 abr. 2022.

GARCIA, Leonardo. Um novo olhar para o problema do superendividamento. *Conjur*, 26 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/olhar-problema-superendividamento>. Acesso em: 24 abr. 2022.

GÓMEZ, Belén, Las familias intentando salir a flote con sus deudas. *Vaconfirma*, 11 de dezembro de 2021. Disponível em: https://vaconfirma.com.ar/?articulos_seccion_716/id_14547/las-familias-intentando-salir-a-flote-con-sus-deudas. Acesso em: 28 abr. 2022.

HERNANDEZ, Carlos; JAPAZE, María Belen; OSSOLA, Federico; SOZZO, Gonzalo; STIGLITZ, Gabriel. Antecedentes del Actual Proyecto de Defensa del Consumidor. *La Ley*, n. 39, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa de Orçamentos Familiares 2017-2018*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua* - Trimestre móvel dez-jan-fev de 2022. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/home/pnadcm>. Acesso em: 24 abr. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua* - 4º trimestre 2021. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/home/pnadct>. Acesso em 24 abr. 2022.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, p. 24-40, 1999.

LIMA, Clarissa Costa de. O mercosul e o desafio do superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 73, p. 11-50, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 2, p. 563-593, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. Notas sobre a lei 14.181/2021: a noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 137, p. 387-405, 2021.

MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015. *Conjur*, 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015?pagina=3>. Acesso em: 25 abr. 2022.

MERCOSUL. *Resolução 11/2021*. Proteção ao consumidor hipervulnerável. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3768>. Acesso em: 23 abr. 2022.

MERCOSUL. *Resolução nº 34/2011*. Defesa do Consumidor - Conceitos Básicos. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/2535>. Acesso em: 21 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Perda de renda de trabalho afeta 4 em cada 10 famílias com crianças*. Argentina, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/la-perdida-de-ingresos-laborales-afecta-4-de-cada-10-hogares>. Acesso em: 28 abr. 2022.

ORIGLIA, Gabriela. Economia de quarentena: quanto somam as dívidas das famílias?. *La Nación*, 1 de novembro de 2020. Disponível em: https://www.lanacion.com.ar/economia/economia-en-cuarentena-mas-deudas-en-las-familias-un-efecto-fuerte-de-la-crisis-nid2495091/?fbclid=IwAR3YL7zXT-wy1_jV2naAH2r_LOr8LE9KIQOPo03Co80oilJ4oZdwMiR1uCQ. Acesso em: 28 abr. 2022.

STIGLITZ, Gabriel. El Código brasileiro de defensa del consumidor, como modelo para Argentina. In: BENJAMIN. Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Direito do Consumidor no Mundo em Transformação*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

18. O SUPERENDIVIDAMENTO ESTUDANTIL NOS CONTRATOS DE CRÉDITO EDUCATIVO



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-18>

Samantha Ribeiro Meyer- Pflug Marques¹

Patrícia Pacheco Rodrigues²

RESUMO

O problema de pesquisa é a importância da efetivação do direito humano à educação face ao superendividamento estudantil, somado as incertezas do mercado de trabalho, alta taxa de desemprego e número de trabalhadores com ensino superior subutilizados. O acesso à educação superior no Brasil aumentou nos últimos anos, conforme dados do Censo da Educação Superior e, esse aumento pode ser creditado ao Fies (Lei n.º 10.260 de 2001). Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem firmando entendimentos sobre vários aspectos desse programa, merecendo destaque o julgamento do REsp 1.031.694 de 2008. Na decisão, prevaleceu que ao Fies não se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Objetiva-se neste artigo demonstrar que a Justiça brasileira vem, por meio de suas decisões, agravando o cenário do superendividamento dessas pessoas que enfrentaram a pandemia mundial e ainda enfrentam os desafios na inserção no mercado de trabalho. Nesse cenário, restam prejudicados os valores sociais do trabalho (art. 1º da CRFB), em especial a valorização do trabalho humano a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CRFB) e a defesa do consumidor (art. 170, inciso V, da CRFB), este identificado

¹ Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-Brasil. Pós doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Advogada. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4568093820920860>. Orcid: 0000-0001-6941-3573. E-mail: samanthameyer@uol.com.br.

² Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Delegada de Polícia Civil em São Paulo lotada no Departamento de Inteligência. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5702557396011791>. Orcid: 0000-0001-6731-706X. E-mail: del.pprodrigues@gmail.com.

constitucionalmente (art. 48 do ADCT) como um sujeito de direitos especiais, dada a sua vulnerabilidade, necessário protegê-lo para efetivar seus direitos básicos no art. 6.º do CDC e o direito fundamental de proteção do Estado (art. 5.º, XXXII, da CRFB). Nesse contexto, destaca-se a Lei nº 14.181/2021, denominada de Lei do Superendividamento, que atualiza o CDC e reconhece que parcela dos consumidores do Brasil estão superendividados face a democratização do crédito, o que se deu também na seara estudantil com o Fies. Assim, a legislação especial do CDC, deve prevalecer, s.m.j., e ser aplicável aos contratos de crédito educativo que se referem ao Fundo, preponderando a teoria do diálogo das fontes, trazendo mais harmonia e coordenação entre as normas do ordenamento jurídico e conseqüentemente na jurisprudência, para a realização dos objetivos constitucionais de defesa do consumidor e da educação. Foram superadas as fases da investigação científica da observação, com a aplicação do método hipotético-dedutivo nas hipóteses, e definida a pesquisa empírica, comparativa e histórica, a partir de levantamento legislativo, jurisprudencial e bibliográfico que levaram ao referencial teórico para fundamentar o tema pesquisado.

Palavras-chave: direito do consumidor; lei do superendividamento; educação; contratos; Fies.

ABSTRACT

The research problem is the importance of realizing the human right to education in the face of student over-indebtedness, added to the uncertainties of the job market, high unemployment rate and underused number of workers with higher education. Access to higher education in Brazil has increased in recent years, according to data from the Higher Education Census, this increase can be credited to Fies (Law n.º. 10.260 of 2001). In jurisprudence, the Superior Court of Justice (STJ) has been establishing understandings on various aspects of this program, with emphasis on the judgment of REsp 1.031.694 of 2008. In the decision, it prevailed that the rules of the Consumer Protection Code (CDC) do not apply to Fies. The objective of this article is to demonstrate that the Brazilian Justice has, through its decisions, aggravating the scenario of over-indebtedness of these people who faced the global pandemic

and still face the challenges of entering the job market. In this scenario, the social values of work (art. 1 of the CRFB) remain harmed, in particular the valorization of human work in order to ensure everyone a dignified existence, according to the dictates of social justice (art. 170 of the CRFB) and the defense of the consumer (art. 170, item V, of the CRFB), constitutionally identified (art. 48 of the ADCT) as a subject of special rights, given his vulnerability, necessary to protect him to implement his basic rights in art. 6 of the CDC and the fundamental right to protection of the State (art. 5, XXXII, of the CRFB). In this context, Law nº 14.181/2021, known as the Super-indebtedness Law, stands out, which updates the CDC and recognizes that a portion of Brazil's consumers are over-indebted in view of the democratization of credit, which also occurred in the student area with Fies . Thus, the special legislation of the CDC must prevail, s.m.j., and be applicable to educational credit agreements that refer to the Fund, prevailing the theory of dialogue of sources, bringing more harmony and coordination between the norms of the legal system and consequently in the jurisprudence , for the achievement of the constitutional objectives of consumer protection and education. The phases of scientific investigation of observation were overcome, with the application of the hypothetical-deductive method in the hypotheses, and empirical, comparative and historical research was defined, based on a legislative, jurisprudential and bibliographic survey that led to the theoretical framework to support the researched topic.

Keywords: consumer law; Super-indebtedness law; education; contracts; Fies.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A vulnerabilidade do consumidor na quarta Revolução Industrial; 3. O superendividamento estudantil nos contratos de crédito educativo; 4. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à educação no Brasil aumentou nos últimos anos, conforme dados do Censo da Educação Superior e, esse aumento pode ser creditado ao Fundo de

Financiamento Estudantil (Fies) [Lei n.º 10.260 de 2001]. Contudo o que restou claro durante o período de isolamento social decorrente da pandemia mundial, foram as dificuldades de discentes e docentes em relação ao uso das tecnologias, a falta do letramento digital, merecendo destaque a falta de acesso e acessibilidade à Internet na forma de comunicação e relacionamento social em tempos de isolamento. Também a necessidade de inclusão digital e social, pois restou clara a falta de acessibilidade à Internet a dispositivos digitais.³

No Brasil, conforme dados Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística na Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios Contínua, sobre o último trimestre de 2019, sobre o acesso à Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), segundo as informações divulgadas: "Quase todos os estudantes de escolas particulares tinham acesso à internet (98,4%). Já no ensino público, eram 83,7%. Essa diferença é ainda mais marcante entre as grandes regiões do país."⁴ Por outro lado, duas décadas depois da criação do Fies (Fundo de Financiamento Estudantil), do Ministério da Educação, o programa apresenta déficit e dívidas e, segundo dados do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), 52,1% dos estudantes matriculados estão inadimplentes, questão que se agravou no pós-pandemia.

Os autores Wim Veen e Bem Vrakking trazem o cenário para a educação futura do "Homo zappiens", projetando as escolas para o futuro com base nos avanços da sociedade. Enfatizam os autores que ao se escolher a direção da mudança para que se tenha uma orientação para moldar as decisões para o futuro, é necessário o cenário da inovação. E nesse sentido, não apenas a necessidade de aprendizagem ao longo da vida, mas a pedagogia as instituições reconhecendo a pedagogia também ao se construindo nas trajetórias individualizadas e personalizada. Assim, a tecnologia usada para impulsionar novos formatos e novas redes de distribuição do conhecimento, pois a convergência dos mundos corporativo e acadêmico leva à criação de uma aprendizagem ao longo da vida.⁵

³ BRASIL. Ministério da Economia. *Acessibilidade Digital*. 04 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/acessibilidade-digital>. Acesso em: 29 nov. 2021.

⁴ INSTITUTO, BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Rio de Janeiro: IBGE, 2021.

⁵ VEENAND, Wim; VRAKKING, Bem. *Homo zappiens: educando na era digital*. São Paulo: Artmed, 2006, p. 99-105.

A quarta Revolução Industrial ou Indústria 4.0 (esse termo vem de passos anteriores: no final do século XVIII as máquinas a vapor; em 1870 as linhas de montagem e em 1970 aperfeiçoamento da automação dos meios de produção e, para os dias atuais com processos, pessoas e tecnologias se comunicando em tempo real) trouxe mais uma ressignificação da atuação no mercado de consumo.⁶ Contudo, no Brasil, ainda se tem uma resistência na educação digital e no uso da tecnologia, apesar de ter-se vivenciado com a pandemia mundial uma oportunidade de repensar as vantagens da educação a distância.⁷ Nesse sentido, para Newton de Lucca “surge uma nova era para a humanidade, caracterizada pelo advento de inovadoras tecnologias da informação, que transformaram de modo substancial os canais pelos quais dá-se a declaração da vontade humana”.⁸

Para Jorge Luiz Souto Maior na era da informática, o homem está sendo transformado em sua essência e, está se criando o homem cibernético.⁹ A partir desse pressuposto, somado a quarta Revolução Industrial, o mundo do trabalho e do mercado de consumo (virtual) vêm passando por profundas transformações, sendo necessário para o seu acompanhamento não somente as constantes atualizações e adaptações, mas a criatividade para um Direito do Consumidor, do Trabalho e Empresarial em permanente processo de reconstrução, portanto, inacabado e sempre adaptável às novas circunstâncias da sociedade pós-industrial, como as necessidades atuais de flexibilização e desregulamentação, além da cultura digital (cibercultura) e o uso de tecnologias disruptivas por nativos e imigrantes digitais.

⁶ TESSARINI, Geraldo; SALTORATO, Patrícia. Impactos da indústria 4.0 na organização do trabalho: uma revisão sistemática da literatura. *Revista Produção Online*, v. 18, n. 2, p. 743–769, 2018.

⁷ EDUCAÇÃO digital ainda enfrenta resistência. *Jornal da USP*, 16 nov. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/educacao-digital-ainda-enfrenta-resistencia/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

⁸ DE LUCCA, Newton. Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 2, n. 3, p. 113–132, 2012, p. 115.

⁹ MAIOR, Jorge Souto. Do Direito à Desconexão do Trabalho. *Jorge Souto Maior*, 23 jun. 2003. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf. Acesso em: 29 nov. 2021.

2 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Nesse mesmo sentido, Fabio Konder Comparato explicita a necessidade constante que o Direito tem de se adaptar e se reformular diante das transformações sociais, a dicotomia entre o interesse público e o privado,¹⁰ em que as transformações tecnológicas recentes vêm gerando inovações nas categorias de sociabilidades, novas formas de produção, relações de trabalho e de consumo, que implicam, em um Direito mais ágil e adaptado a estas transformações, mas que, ao mesmo tempo, possa garantir os princípios de um referencial teórico fundado no Capitalismo Humanista.¹¹

E na legislação consumerista brasileira não poderia ser diferente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) instituiu um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor trazendo uma proposta de articulação entre as entidades e órgãos que o compõem e, integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais e municipais, além das entidades privadas de defesa do consumidor. Para Claudia Lima Marques o CDC deve ser analisado como microssistema, é lei de ordem pública econômica de função social, pois traz normas de direito privado indisponível e de direito público, sendo “uma lei de ordem pública econômica (ordem pública de coordenação, de direção e de proibição) e lei de interesse social (a permitir a proteção coletiva dos interesses dos consumidores presentes no caso)”.¹²

Na leitura de Eros Roberto Grau a Constituição Brasileira pode ser interpretada dinamicamente e de ser ela um dinamismo e, referenciando para tanto José Afonso da Silva para quem apesar de a Constituição ser capitalista, abre caminho à transformação da sociedade.¹³ Nesse contexto, o Estado Brasileiro deveria fortalecer-se para enfrentar os efeitos da globalização, esta aqui na definição de

¹⁰COMPARATO, Fábio Konder. *O indispensável Direito Econômico: ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Editora: Forense, 1981, p. 14.

¹¹SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *Capitalismo Humanista a Dimensão Econômica dos Direitos Humanos - Fator Caph*. São Paulo: Max Limonad, 2020.

¹²BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

¹³GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 130-192.

Boaventura de Sousa Santos, para quem o termo vai além das definições da economia ou da nova economia mundial, que emergiu nas últimas duas décadas com a intensificação da transnacionalização da produção de bens e serviços e dos mercados financeiros. O autor vem a privilegiar uma definição de globalização mais sensível às dimensões sociais, políticas e culturais, para quem não existe uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações.¹⁴

O mercado mundial com a globalização resta despersonalizado e deslocado na atual conjuntura não é mais uma entidade definida. Na atualidade o cenário do comércio eletrônico internacional é dominado por um reduzido universo de mercados online (*marketplaces*), abrangendo dois grandes segmentos, o comércio B2B (*business to business*) e comércio B2C (*business to consumer*).

O abuso de direito e novos paradigmas do mundo digital, vem acarretando novos modelos de oferta e contratação que geram riscos tecnológicos exigindo novos métodos de solução de conflitos, como Métodos eletrônicos de solução de conflitos (MESOC) ou soluções virtuais para conflitos (*E-resolutions*), que têm recebido destaque nacional, mormente com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil Brasileiro [Lei Federal nº 13.105/2015, de março de 2015], somado ao propósito de proteger os consumidores vulneráveis nesse mundo digital.

Nesse sentido, foi o advento da Lei Federal n.º 13.874 de setembro de 2019, que institui no Brasil a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, com o objetivo de estabelecer normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica, com a mínima intervenção do Estado, mas que não é aplicável às relações de consumo, pois busca conferir ampla liberdade no âmbito das relações empresariais e civis paritárias, incompatível, portanto, com os contratos de consumo, caracterizados pela relação intrinsecamente desigual entre as partes que os celebram, dada a vulnerabilidade dos consumidores frente aos fornecedores.¹⁵

¹⁴SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. 39. ed. São Paulo: Lua Nova, 1997, p.107.

¹⁵PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Lei da Liberdade Econômica é bem vinda, mas não aplicável às relações de consumo. *Revista Consultor Jurídico*, 30 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-30/direito-civil-atual-lei-liberdade-economica-bemvinda#:~:text=Destaco%2C%20por%20exemplo%2C%20a%20reda%C3%A7%C3%A3o,diversas%20daquelas%20previstas%20em%20lei>. Acesso em: 29 nov. 2021.

Para se reforçar a interpretação sistemática do Direito, para um efeito pedagógico exige-se o aperfeiçoamento do direito positivo. Assim, como "não se interpreta o Direito em tiras"¹⁶, a liberdade ao exercício de qualquer atividade econômica [Cfr. artigo 170 da CRFB] deve seguir as regras de hermenêutica, da interpretação sistêmica, da parte sob a luz do todo, qual seja, do valor social do trabalho com a livre iniciativa em atividades que contribuam para o progresso da sociedade, inclusive na defesa do consumidor. O valor social, portanto, não é individualista, assim como a livre iniciativa deve estar vinculada à satisfação de interesses econômicos gerais [Cfr. artigo 1º, inciso IV da CRFB] e com o objetivo de redução das desigualdades regionais e sociais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação [Cfr. artigo 3º, incisos III e IV da CRFB].¹⁷

Dessa maneira, para José Afonso da Silva, a soberania nacional econômica da formação capitalista da Constituição Brasileira de 1988 deve estar em consonância à estruturação brasileira em Estado Democrático de Direito que envolvem direitos fundamentais "que não aceitam a permanência de profundas desigualdades, antes, pelo contrário, reclamam uma situação de convivência em que a dignidade da pessoa humana seja o centro das considerações da vida social".¹⁸ Assim a ordem econômica conforme o artigo 170 da CRFB está fundada, em especial, na valorização do trabalho humano, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

O Sars-cov-2, popularmente conhecido como novo coronavírus, causou a pandemia do Covid-19 que acelerou as mudanças de comportamento com o isolamento social. Nesse cenário os valores sociais do trabalho à luz do artigo 1º da CRFB, merecem proteção na contemporaneidade face as novas relações de emprego. Assim, evidencia-se a crise no Direito do Trabalho necessitando de redefinição em seus fundamentos clássicos para uma perspectiva em sintonia com a

¹⁶GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46.

¹⁷SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Constituição da República, empresa e desenvolvimento nacional. In: ADEODATO, João Maurício et al.(org.). *Direito empresarial: estruturas e regulação*. São Paulo: Uninove, 2018, p. 103.

¹⁸DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 792.

contemporaneidade inspirada na concepção axiológica dos princípios constitucionais e normas programáticas para a ordem econômica, em especial na valorização do trabalho humano a fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social do artigo 170 da CRFB.

Os princípios indicam a ideia de começo, ponto de partida e fundamento "são considerados as vigas mestras do ordenamento jurídico, são polos informadores que permeiam toda a Constituição e conferem unidade ao sistema".¹⁹ Nessa mesma perspectiva está a defesa do consumidor, princípio o artigo 170, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, identificado constitucionalmente conforme preconiza o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) como um sujeito de direitos especiais, dada a sua vulnerabilidade necessário protegê-lo para efetivar seus direitos, e assim também é a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor [Cfr. artigo 2º, inciso VI, da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD]

Principalmente em decorrência do isolamento social, houve mudanças no perfil do consumidor, com a consumerização que vem com foco nas pessoas e nas consultas a *World Wide Web* com linguagem natural e contextualizadas (no marketing contextual), com maior mobilidade, mas a informação vem se dando de forma pouco ou não estruturada.²⁰ Nesse diapasão, merece destaque o princípio da educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços conforme o artigo 6º, inciso II, do CDC, para que sejam asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

Nesse cenário, a título de exemplo, em 2018 houve decisão inédita no Brasil pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão do Ministério da Justiça, que condenou a Decolar.com ao pagamento de multa na chamada geodiscriminação, ou práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing*, a diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas, quando existentes, de acordo

¹⁹MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra. O consequencialismo jurídico no Direito econômico. In: JORGE, André Guilherme Lemos et al. (org.). *Direito Empresarial: Estruturas e regulação*. São Paulo: Uninove, 2020, p. 206.

²⁰MEIRELLES, Fernando S.. *Uso da TI - Tecnologia de Informação nas Empresas: Pesquisa Anual do FGV cia*. 32. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2021, p. 117.

com a localização geográfica do consumidor, tais discriminações podem ser também quanto a qualidade, preços, raça, orientação sexual, etc, um tema que coloca em jogo a compreensão cultural, social e jurídica em relação a ideia de liberdade, em violação direta ao artigo 3º da CRFB em que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²¹

Portanto, a economia comportamental é fundamental para se entender as dinâmicas concorrenciais, pois as plataformas exploram tendências comportamentais para manter a sua posição dominante. Para Klaus Schwab a quarta Revolução Industrial é a fusão das tecnologias e sua interação nos domínios físico, digital e biológico a torna fundamentalmente diferente das revoluções anteriores.²² A realidade atual é Figital (uma mescla da experiência do cliente no meio digital e físico) e nesse cenário as mudanças tecnológicas vêm proporcionando um maior fluxo de informações e, assim removem barreiras físicas à competição.

3 O SUPERENDIVIDAMENTO ESTUDANTIL NOS CONTRATOS DE CRÉDITO EDUCATIVO

Em 2021, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) o número de trabalhadores subutilizados, também conhecida como mão de obra desperdiçada, chegou a um patamar recorde do indicador na série histórica No período, a porcentagem de profissionais subutilizados "cresceu 16% ante o primeiro trimestre do ano passado, adicionando cerca de 4,6 milhões de pessoas ao grupo. No primeiro trimestre, esse grupo equivalia a 29,7% da força de trabalho ampliada no Brasil, enquanto em comparação ao mesmo período de 2020, a porcentagem era de 25,6%."²³

²¹DECOLAR.COM é multada por prática de geopricing e geoblocking. *Ministério da Justiça e Segurança Pública*, 18 jul. 2018. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-51>. Acesso em: 29 nov. 2021.

²²SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. New York: CurrencyBooks, 2017, p. 8.

²³ IBGE: Mão de obra 'desperdiçada' tem alta e atinge patamar recorde. *Yahoo Notícias*, 30 jun. 2021. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/ibge-mao-de-obra-desperdicada-tem-alta-e-atinge-patamar-recorde-150727631.html>. Acesso em: 30 abr. 2022.

Ainda segundo o IBGE, em 2019, dobrou o número de pessoas com faculdade sem emprego ou em trabalho precário, portanto, dois de cada dez trabalhadores com ensino superior com novos contratos estavam em função de baixa qualificação, "ou seja, pelo menos 2 de cada 10 novos contratos para profissionais com ensino superior no período caracterizaram um possível desperdício de capital humano, de acordo com a análise dos dados da Rais (Relação Anual de Informações Sociais)."²⁴ Outra questão preocupante são as pessoas em desalento, para Diana Lúcia Gonzaga da Silva:

*No caso dos desalentados, aponta, pode haver situações de quem faz algum bico para se manter de maneira precária, mas não acredita em oportunidades melhores e por isso a desistência da busca por trabalho. "O desalento tem um perfil muito específico, de trabalhadores com baixa qualificação, dos mais jovens, por causa da falta de experiência, e também marcado por outras desigualdades, como de raça, de gênero e regional. Temos um número significativo de desalentados, situação que vem se apresentando de forma persistente nos últimos anos", diz ela, que é coordenadora do Grupo de Pesquisas em Economia do Trabalho da UFBA.*²⁵

O cenário atual para as pessoas no Brasil estão mais endividadas, sem orçamento suficiente para manter as condições anteriores de vida e, adicionalmente, honrar as dívidas, perderam poder de compra, pressionadas pela inflação e pelo desemprego elevados, conforme a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), divulgada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC).²⁶

Esse contexto demonstrou a importância que representou um dos temas principais do processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor no ano

²⁴ DOBRA o número de pessoas com faculdade sem emprego ou em trabalho precário. *Folha*, 10 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/11/dobra-o-numero-de-pessoas-com-faculdade-sem-emprego-ou-em-trabalho-precario.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2022.

²⁵ BRASIL tem 4,8 milhões de pessoas em desalento. *Valor*, 23 mar. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2022/03/25/brasil-tem-48-milhoes-de-pessoas-em-desalento.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2022.

²⁶ COMO o Brasil lidará com o superendividamento?. *Jota*, 11 nov. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/relacoes-de-consumo/como-o-brasil-lidara-superendividamento-11112021>. Acesso em: 30 abr. 2022.

de 2021, o advento da Lei n.º 14.181 que alterou o CDC, chamada de Lei do Superendividamento, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Também chamada “Lei Claudia Lima Marques”, nome da Relatora-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para esta atualização, que ressalta:

[...] a lei traz uma mudança na forma de abordar o assunto; é preciso que a pessoa que está em situação de superendividamento – seja por motivo de desemprego, doença, casamento ou outra intercorrência da vida que a levou àquela condição sistema criado pela nova visão de ajuda das instituições privadas em atender às demandas que deveriam ser cumpridas diretamente pelo Estado, faz com que os valores que tenham esse fim não possam ser penhorados [...].²⁷ – tenha condições de conhecer sua dívida, de encarar os seus credores e de pactuar o pagamento dos valores devidos, com a garantia de que o mínimo essencial para a sua subsistência seja preservado.²⁸

Essa nova Lei Federal estabelece o fomento à educação financeira e o combate à exclusão social, trazendo instrumentos para a prevenção e tratamento do superendividamento. Apesar da previsão constitucional no artigo 205 da CRFB, de que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser: “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” O Brasil ainda ocupa o 53º lugar em educação, entre 65 países avaliados no Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa), tradução de *Programme for International Student Assessment*, que é um estudo comparativo internacional realizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) um observador oficial das Nações Unidas.²⁹

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp 1.840.737/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 12/11/2019, DJe 21/11/2019.

²⁸ Nova Lei do Superendividamento: Professora Claudia Lima Marques explicou a legislação durante o evento Mestres do Consumidor. *Procon SP*, 31 ago. 2021, veja-se em: <https://www.procon.sp.gov.br/nova-lei-do-superendividamento/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

²⁹ BRUINI, Eliane da Costa. Educação no Brasil. *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/educacao/educacao-no-brasil.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

Buscando a igualdade e oportunidade de acesso ao ensino superior é imprescindível à implementação e o acompanhamento de políticas públicas educacionais, nesse sentido é o Fies (Fundo de Financiamento Estudantil, Lei n.º 10.260 de 2001) é o programa do Ministério da Educação de apoio financeiro que subsidia a graduação de estudantes matriculados em cursos superiores de Instituições de Ensino Superior privadas, com conceitos positivos no Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior.³⁰

Essa legislação sofreu diversas alterações, a última adveio da Medida Provisória 1090/21 que beneficia os alunos que aderiram ao Fies até o segundo semestre de 2017, e que permite abatimento de até 86,5% nas dívidas de estudantes. O desconto pode aumentar para 92% caso o devedor esteja inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico), portanto o fundo vem mantendo a sua essência, qual seja, propiciar a população de baixa renda condições de acesso ao ensino superior.³¹

Contudo, a inaplicabilidade do CDC ao estudante que adere ao programa do financiamento estudantil, já foi entendimento do STJ (Superior Tribunal de Justiça) que já firmou entendimento sobre vários aspectos do programa. A Segunda Turma afastou a relação de consumo, "porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC. Assim, na linha dos precedentes da Segunda Turma do STJ afasta-se a aplicação do CDC."³²

Em 2010, tratando os Temas sobre o viés do ramo do Direito Administrativo a Primeira Seção do STJ firmou no Tema Repetitivo 349, a seguinte Tese: "É legal a exigência de prestação de garantia pessoal para a celebração de contrato de financiamento estudantil vinculado ao FIES." Por outro lado, no Tema Repetitivo 350,

³⁰SILVA, Adriano Maniçoba da; SANTOS, Beatriz Carolini Silva. Eficácia de políticas de acesso ao ensino superior privado na contenção da evasão. *Revista da Avaliação da Educação Superior*, v. 22, n. 3, pp. 741-757, 2017.

³¹ GOVERNO edita MP que concede abatimento de até 92% em dívidas do Fies. *Agência Câmara de Notícias*, 03 jan. 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/842669-governo-edita-mp-que-concede-abatimento-de-ate-92-em-dividas-do-fies/#:~:text=A%20Medida%20Provis%C3%B3ria%201090%2F21,5%25%20nas%20d%C3%ADvidas%20de%20estudantes>. Acesso em: 28 abr. 2022.

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *REsp 1031694/RS*. Relatora: Ministra Eliana Calmon, julgado em 02/06/2009, DJe 19/06/2009.

pela mesma Seção, para a questão submetida a julgamento, em que se discutia a legalidade da cobrança de juros capitalizados para a celebração de contrato de financiamento estudantil vinculado ao FIES, a Tese Firmada foi de que: "Em se tratando de crédito educativo, não se admite sejam os juros capitalizados."

Em 2014, nesse mesmo sentido, foi a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) reafirmou o entendimento no Pedilef 2010.51.51.025459-0 de 06/08/2014, em que não admitiu a capitalização de juros nos cálculos de crédito educativo e concluiu: "[...] que a posição adotada na sentença e no acórdão censurados não se harmoniza com o entendimento do STJ e desta TNU, no sentido de que, mesmo assente a não aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nesse tipo de ajuste, a capitalização de juros é inadmissível".³³

Outro caso, discutido em mandado de segurança que chegou ao STJ foi a transferência de aluna beneficiária do Fies no decorrer do curso, que buscava afastar ato do ministro da Educação que teria condicionado a sua mudança de faculdade à adesão da nova instituição ao Fundo Garantidor de Operações de Crédito Educativo (FGEDUC), a estudante então alegava inconstitucionalidade do regramento do MEC. Contudo, o Relator do processo, não enxergou qualquer tipo de irregularidade e foi seguido pela maioria dos seus colegas da Primeira Seção, entendeu que: "Ressalta-se, pela análise contratual, que a própria impetrante aceitou como garantia ao contrato tal fundo, não cabendo ao Poder Judiciário substituir tal garantia pelo fiador, como requer".³⁴

Em contrapartida, no julgamento de outro mandado de segurança, a Primeira Seção do STJ não concedeu a possibilidade de concessão de novo financiamento a estudante que já participou do programa, o que é também vedado por norma editada pelo MEC. Entendeu o ministro relator que a concessão de financiamento estudantil não é direito absoluto: "Como não existe verba suficiente para a concessão ilimitada

³³CADERNO da TNU n.º 28. *Informativo do Conselho da Justiça Federal*, jun/ago 2014. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/publicacoes-1/publicacoes/cadernos-da-tnu/caderno-tnu-numero-28/@@download/arquivo>. Acesso em: 28 abr. 2022.

³⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 19.571/DF*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 24/04/2013, DJe 16/08/2013.

de financiamento estudantil, seria injusto alguém ser beneficiado pelo programa, por mais de uma vez, enquanto outros não pudessem eventualmente ter oportunidade alguma no ensino superior privado".³⁵

Em recente decisão, em 2021, o STJ, a luz do Código de Processo Civil (CPC/15), em sua Terceira Turma do STJ, seguindo a Relatora Ministra Nancy Andrighi, declarou a impenhorabilidade dos créditos, dada a sua função social:

O que certamente norteou o legislador nessa escolha foi a natureza dos recursos recebidos pela instituição privada e a obrigatoriedade de sua aplicação em importantes áreas, tais como a educação, saúde e assistência social. Ainda que esses valores estejam temporariamente em poder da instituição privada, o legislador levou em conta que essa instituição é meramente intermediária entre o governo e a população que precisa de seus serviços. Esse

Até então a Justiça Brasileira não tinha em pauta a questão superendividamento estudantil. Em 2019, se manifestou o Fórum das Entidades Representativas do Ensino Superior Particular (Fórum), em audiência pública, na Câmara dos Deputados, a necessidade de reformulação do próprio Fies para corrigir distorções nas mudanças promovidas no programa desde 2015 que surtiram efeitos negativos, provocando a redução no acesso, assim como resgatar o seu caráter social.³⁶

Os Poderes Legislativo e Executivo, em razão do agravamento do cenário do superendividamento dessas pessoas que enfrentam a pandemia mundial e ainda enfrentam os desafios na inserção no mercado de trabalho, promoveram a promulgação da Lei nº 14.024, de 2020, para suspender temporariamente as obrigações financeiras dos estudantes beneficiários do Fundo durante o período de

³⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Fies: batalhas judiciais no caminho do diploma universitário*. Notícias STJ, 02 dez. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-12-02_06-56_Fies-batalhas-judiciais-no-caminho-do-diploma-universitario.aspx. Acesso em: 30 nov. 2021.

³⁶ CARÁTER social do fies precisa ser resgatado, defende fórum. *ABMES*, 19 nov. 2019. Disponível em <https://abmes.org.br/noticias/detalhe/3581/carater-social-do-fies-precisa-ser-resgatado-defende-forum>. Acesso em: 28 abr. 2022

vigência do estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

A já referida Medida Provisória nº 1.090 de 2021, que oportunizou aos estudantes com débitos vencidos e não pagos, a realização de renegociação de dívidas, trouxe na exposição de motivos que essa alteração legislativa veio com motivação específica, qual seja, a fim de reduzir os índices de inadimplência do Programa e combater os efeitos devastadores da pandemia da Covid-19.³⁷

Restou claro, portanto, a necessidade da manutenção da sustentabilidade do Fies, assim como da retomada econômica dos estudantes contemplados pelo financiamento e que estavam inadimplentes. A Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou um plano, para a Covid-19, de estratégias que permitirão que o mundo saia da fase emergencial da pandemia.³⁸ Cenário que não é claro é de como se proporcionará a retomada econômica na educação e dos estudantes.

Restaram prejudicados os valores sociais do trabalho (art. 1º da CF/88), em especial a valorização do trabalho humano a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF/88) e a defesa do consumidor (art. 170, inciso V, da CF/88), este identificado constitucionalmente (art. 48 do ADCT) como um sujeito de direitos especiais, dada a sua vulnerabilidade, necessário protegê-lo para efetivar seus direitos básicos no art. 6.º do CDC e o direito fundamental de proteção do Estado (art. 5.º, XXXII, da CF/88). Nesse sentido para Claudia Lima Marques:

*Reconstruir a coerência do sistema de direito ou de uma ordem jurídica nacional, em tempos pós-modernos, de fragmentação, internacionalização e flexibilização de valores e hierarquias, em tempos de necessária convivência de paradigmas e de métodos, de extrema complexidade e pluralismo de fontes, não é tarefa fácil e exige muita ciência e sensibilidade dos juristas.*³⁹

³⁷ BRASIL. Congresso Nacional. *Exposição de motivos Medida Provisória n.º 1090-21*. 20 dez. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Exm/Exm-MP-1090-21.pdf. Acesso em: 28 abr. 2022.

³⁸ OMS estabelece plano para saída de fase emergencial da pandemia. *Agência Brasil*, 30 mar. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2022-03/oms-estabelece-plano-para-saida-de-fase-emergencial-da-pandemia>. Acesso em: 30 abr. 2022.

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das fontes como método da nova Teoria Geral do Direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 17-39, 2012, p. 19.

Em pesquisa ao site do STJ, utilizando-se a expressão "diálogo das fontes", encontram-se 46 acórdãos e exatas 2.468 decisões monocráticas, com a teoria direta ou indiretamente aceita.⁴⁰ Portanto, o STJ já reconheceu a aplicação da teoria do "diálogo de fontes", em que o microssistema introduzido pelo CDC não pode ser desvinculado dos demais princípios e normas que orientam o direito pátrio, notadamente no combate às cláusulas abusivas, *in verbis*:

*O micro-sistema introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor não pode ser desvinculado dos demais princípios e normas que orientam o direito pátrio, notadamente o Código Civil. Ao contrário, o que deve haver é a integração entre esses sistemas. Conforme bem observado por Cláudia Lima Marques, "o CDC é lei especial das relações de consumo, mas não é exaustiva ou com pretensão de completude, como demonstra claramente o art. 7º", de forma que o Código Civil de 2002 "servirá de base conceitual nova para o micro-sistema específico do CDC, naquilo que couber." Essa base conceitual representada pelo Código Civil deve ser integrada com o CDC de forma que complete os conceitos postos de maneira aberta nesse diploma legal. Assim, conforme sustenta, ainda, Cláudia Lima Marques, "o que é abuso de direito, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no micro-sistema terão sua definição atualizada pelo NCC/2002" ("Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas", in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 45, págs. 71 a 99, esp. pág. 92).⁴¹*

A Teoria do Diálogo das Fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, propondo um sentido de complementaridade entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, sobretudo nas matérias de direito contratual e responsabilidade civil.⁴²

⁴⁰ Veja a expressão "diálogo das fontes" no site de consulta de jurisprudência oficial do STJ. <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 30 abr. 2022.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 702524/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 08/03/2006, DJ 09/10/2006.

⁴² TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 11. ed. [S.l]: Método, 2021.

Para Antonio Herman Benjamin e Claudia Lima Marques:

Concluindo, pode-se afirmar que o diálogo das fontes é uma teoria sofisticada para ajudar a decidir – de forma mais refletida e ponderada, segundo os valores constitucionais – os casos de conflitos de leis, resolver esses casos usando um novo paradigma, o da aplicação conjunta e coerente das normas em diálogo, orientada pelos valores da Constituição Federal, especialmente o de direitos humanos e de proteção dos vulneráveis. Trata-se de nova concepção da teoria geral, que é muito bem-vinda e útil, pelo que agradecemos ao mestre Erik Jayme.⁴³

Para José Antonio de Faria Martos e Flávio Tartuce a tendência atual da jurisprudência do STJ vinha se consolidando no sentido de que “a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da Teoria Finalista. É inegável, também, a existência de uma tendência jurisprudencial de abrandamento da Teoria Finalista em alguns casos, como forma de proteger o consumidor.”⁴⁴ Afirmando que em relação a alguns aspectos, a jurisprudência ainda oscila, o que podemos perceber no caso dos consumidores superendividados com a democratização do crédito estudantil, demonstrando-se assim que nesse tema ainda se pode evoluir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afirmação do direito do consumidor e sua importância no Brasil contemporâneo devem muito ao Tribunal da Cidadania, portanto, foi o Superior Tribunal de Justiça que emprestou decisivo auxílio para assegurar a efetividade do Código de Defesa do Consumidor. Os Tribunais brasileiros vêm enfrentando grandes desafios na atualidade, quais sejam, as transformações causadas pelo consumo

⁴³ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 27, n. 115, 2018, p. 39.

⁴⁴ MARTOS, José Antônio de Faria; TARTUCE, Flávio. O diálogo das fontes e a hermenêutica consumerista no Superior Tribunal de Justiça. *Publica Direito*, p. 18. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e7a41b8100b5266>. Acesso em: 30 abr. 2022.

digital, tratadas ao longo do presente artigo, e por outro lado, incrementadas com as situações acarretadas pela pandemia do coronavírus, que evidenciaram a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de manutenção da contratação de serviços essenciais.⁴⁵

Nesse contexto, merece destaque a Lei do Superendividamento, que atualizou o CDC e reconhece que parcela dos consumidores do Brasil estão superendividados face a democratização do crédito, o que também se deu na seara estudantil com o Fies. Assim, a legislação especial do CDC, deve prevalecer, s.m.j., e ser aplicável aos contratos de crédito educativo que se referem ao Fundo, preponderando a teoria do diálogo das fontes, trazendo mais harmonia e coordenação entre as normas do ordenamento jurídico e conseqüentemente na jurisprudência, para a realização dos objetivos constitucionais de defesa do consumidor e da educação.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 27, n. 115, p. 21-40, jan./fev. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Exposição de motivos Medida Provisória n.º 1090-21. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Exm/Exm-MP-1090-21.pdf. Acesso em: 28 ABR. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988.

BRASIL. Ministério da Economia. *Acessibilidade Digital*. 04 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/acessibilidade-digital>. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Decolar.com é multada por prática de geoprícing e geoblocking*. 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-51>. Acesso em: 29 nov. 2021.

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. Desafios do Superior Tribunal de Justiça e o futuro do Direito do Consumidor no Brasil: o consumo digital. In: SALOMÃO, Luís Felipe; TARTUCE, Flávio (orgs.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. 1ed. v. 2, p. 479-512. São Paulo: Atlas, 2021, p. 479-481.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.260, de 12 de junho de 2001*. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10260.htm. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.181, de 1 de julho de 2021*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 702524/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 08/03/2006, DJ 09/10/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *REsp 1031694/RS*. Relatora: Ministra Eliana Calmon, julgado em 02/06/2009, DJe 19/06/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 19.571/DF*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 24/04/2013, DJe 16/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.840.737/DF*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 12/11/2019, DJe 21/11/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. FIES: batalhas judiciais no caminho do diploma universitário. *Notícias STJ*, 02 dez. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-12-02_06-56_Fies-batalhas-judiciais-no-caminho-do-diploma-universitario.aspx. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL tem 4,8 milhões de pessoas em desalento. *Valor*, 23 mar. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2022/03/25/brasil-tem-48-milhoes-de-pessoas-em-desalento.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRUINI, Eliane da Costa. Educação no Brasil. *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/educacao/educacao-no-brasil.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CADERNO da TNU n.º 28. *Informativo do Conselho da Justiça Federal*, jun/ago 2014. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/publicacoes-1/publicacoes/cadernos-da-tnu/caderno-tnu-numero-28/@@download/arquivo>. Acesso em: 28 abr. 2022.

COMO o Brasil lidará com o superendividamento?. *Jota*, 11 nov. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/relacoes-de-consumo/como-o-brasil-lidara-superendividamento-11112021>. Acesso em: 30 abr. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. *O indispensável Direito Econômico: ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Editora: Forense, 1981.

CARÁTER social do fies precisa ser resgatado, defende fórum. *ABMES*, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://abmes.org.br/noticias/detalhe/3581/carater-social-do-fies-precisa-ser-resgatado-defende-forum>. Acesso em: 28 abr. 2022.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DE LUCCA, Newton. Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 2, n. 3, p. 113–132, 2012.

DOBRA o número de pessoas com faculdade sem emprego ou em trabalho precário. *Folha*, 10 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/11/dobra-o-numero-de-pessoas-com-faculdade-sem-emprego-ou-em-trabalho-precario.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2022.

EDUCAÇÃO digital ainda enfrenta resistência. *Jornal da USP*, 16 nov. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/educacao-digital-ainda-enfrenta-resistencia/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

GOVERNO edita MP que concede abatimento de até 92% em dívidas do Fies. *Agência Câmara de Notícias*, 03 jan. 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/842669-governo-edita-mp-que-concede-abatimento-de-ate-92-em-dividas-do-fies/#:~:text=A%20Medida%20Provis%C3%B3ria%201090%2F21,5%25%20nas%20d%C3%ADvidas%20de%20estudantes>. Acesso em: 28 abr. 2022.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, pp. 130-192, 2010.

IBGE: Mão de obra 'desperdiçada' tem alta e atinge patamar recorde. *Yahoo Notícias*, 30 jun. 2021. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/ibge-mao-de->

obra-desperdicada-tem-alta-e-atinge-patamar-recorde-150727631.html. Acesso em: 30 abr. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Rio de Janeiro: IBGE, 2021.

MAIOR, Jorge Souto. Do Direito à Desconexão do Trabalho. *Jorge Souto Maior*, 23 jun. 2003. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf. Acesso em: 29 nov. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das fontes como método da nova Teoria Geral do Direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 17-39, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra. O consequencialismo jurídico no Direito econômico. In: JORGE, André Guilherme Lemos et al. (org.). *Direito Empresarial: Estruturas e regulação*. São Paulo: Uninove, 2020.

MARTOS, José Antônio de Faria; TARTUCE, Flávio. O diálogo das fontes e a hermenêutica consumerista no Superior Tribunal de Justiça. *Publica Direito*, p. 18. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e7a41b8100b5266>. Acesso em: 30 abr. 2022.

MEIRELLES, Fernando S. *Uso da TI - Tecnologia de Informação nas Empresas: Pesquisa Anual do FGV cia*. 32. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2021.

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. Desafios do Superior Tribunal de Justiça e o futuro do Direito do Consumidor no Brasil: o consumo digital. In: SALOMÃO, Luís Felipe; TARTUCE, Flávio (orgs.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021.

OMS estabelece plano para saída de fase emergencial da pandemia. *Agência Brasil*, 30 mar. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2022-03/oms-estabelece-plano-para-saida-de-fase-emergencial-da-pandemia>. Acesso em: 30 abr. 2022.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Lei da Liberdade Econômica é bem vinda, mas não aplicável às relações de consumo. *Revista Consultor Jurídico*, 30 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-30/direito-civil-atual-lei-liberdade-economica-bem->

19. PROTEÇÃO DA CRIANÇA CONSUMIDORA: COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA, ASSÉDIO DE CONSUMO E HIPERVULNERABILIDADE DO NÚCLEO FAMILIAR¹



<https://doi.org/10.36592/9786581110857-19>

Lúcia Souza d'Aquino²

Fernando Costa de Azevedo³

RESUMO

As crianças e suas famílias são entes ativos e participativos na sociedade, e são praticamente a base da sociedade de consumo. Entretanto, em que pese sua condição fática de consumidores, juridicamente encontram-se em uma situação de vulnerabilidade agravada, eis que não dispõem de ferramentas adequadas e eficientes para se proteger diante de uma comunicação mercadológica cada vez mais sofisticada em suas técnicas e onipresente. Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo problematizar, a partir de uma metodologia dialética, a relação entre as crianças e a comunicação mercadológica em geral, bem como o assédio de consumo em torno do núcleo familiar, com a possibilidade de seu enquadramento enquanto sujeito hipervulnerável. Ao final, chega-se à conclusão de que o núcleo familiar se comporta como um sujeito de direitos merecedor de tutela enquanto detentor de uma vulnerabilidade agravada no mercado de consumo, fato este

¹ Versão expandida do ensaio: AZEVEDO, Fernando Costa de; D'AQUINO, Lúcia Souza. Proteção da criança: comunicação, assédio de consumo e vulnerabilidade da família. *ConJur*, 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-22/garantias-consumo-protexao-crianca-assedio-consumo-vulnerabilidade-familiar>. Acesso em: 11 maio 2022.

² Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Francês e Europeu dos Contratos pela Université de Savoie-Mont Blanc/UFRGS. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Vulnerabilidades no Novo Direito Privado". Diretora do Instituto de Direitos Humanos do Mato Grosso do Sul - José do Nascimento. Professora Adjunta na Universidade Federal Fluminense - Campus de Macaé. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5248033690404165>. E-mail: luciasdaquino@gmail.com. Orcid: 0000-0002-0838-3566.

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Associado 2 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas. Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação (Mestrado em Direito) da FD/UFPel. Coordenador Geral (Líder) do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito do Consumidor (GECON/FD/UFPel/CNPq). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8915579606213910>. Contatos: fernando.azevedo@ufpel.edu.br / fecoaze@gmail.com. Orcid: 0000-0001-9397-6085.

relacionado diretamente com a exposição de crianças à comunicação mercadológica.

Palavras-chave: Criança consumidora; Comunicação mercadológica; Assédio de Consumo; Núcleo familiar; Hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

Children and their families are active and participatory entities in society, and they are the basis of the consumer society. However, despite their factual condition as consumers, legally they are in a situation of aggravated vulnerability, since they do not have adequate and efficient tools to protect themselves in the face of an increasingly sophisticated and ubiquitous marketing communication. In view of this, the present work aims to problematize, from a dialectical methodology, the relationship between children and marketing communication in general, as well as the harassment of consumption around the family nucleus, with the possibility of its framing as a subject hypervulnerable. In the end, it concludes that the family nucleus behaves as a subject of rights deserving of protection while holding an aggravated vulnerability in the consumer market, a fact directly related to the exposure of children to marketing communication.

Keywords: Consumer child; Marketing communication; Consumer Harassment; Family nucleus; hypervulnerability.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A Proteção Da Criança No Mercado De Consumo; 3. Assédio Ao Consumo E Hipervulnerabilidade Do Núcleo Familiar Na Comunicação Mercadológica Voltada Ao Público Infantil; 4 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Existe uma grande certeza dentro do Direito do Consumidor, que é a de que somos todos vulneráveis, conclusão que levou à positivação do princípio da

vulnerabilidade no Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, a evolução da sociedade e a mudança das configurações das relações pessoais e empresariais acarretou o reconhecimento de outras vulnerabilidades, algumas mesmo agravadas em relação ao consumidor padrão.

Entre esses consumidores hipervulneráveis, encontram-se as crianças, já reconhecidas como tal em sede de doutrina e de jurisprudência, e com proteção especial conferida pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor. E essa situação se agrava ainda mais quando se analisa, para além da publicidade, as ferramentas de comunicação mercadológica cada vez mais eficientes e de difícil reconhecimento e proteção por parte dos consumidores.

Ademais, a condição da criança consumidora, que é cada vez mais um sujeito ativo na sociedade e na família, participando ativamente das decisões tomadas, acaba por vulnerabilizar todo o núcleo familiar, que se vê influenciado e por vezes prejudicado pelo excesso de anúncios e pela sofisticação das técnicas utilizadas.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende debater e problematizar as relações entre crianças e comunicação mercadológica e seus reflexos no núcleo familiar, a partir de uma visão constitucionalizada do Direito do Consumidor e de uma interpretação dialógica do ordenamento jurídico brasileiro e da jurisprudência e doutrina que já se pronunciaram a respeito do tema, buscando uma maior efetividade da norma consumerista e da proteção dos sujeitos hipervulneráveis no mercado de consumo.

2 A PROTEÇÃO DA CRIANÇA NO MERCADO DE CONSUMO

A posição das crianças enquanto consumidoras é uma realidade. Atuando tanto na função de destinatárias finais dos produtos ou serviços ou como influência nas compras da família, sua participação é cada vez mais ativa no processo de escolha e aquisição⁴.

⁴ MAFRA NETTO, Alberto Mário; BARBOSA, Inêz Carneiro. A influência da criança no poder de compra de uma família: o quão importante é a educação familiar no consumo. *Revista de Administração do CESMAC*, v. 3, p. 69-84, 2019. DOI: <https://doi.org/10.3131/race.v3i0.924>.

Ao tratar dos consumidores como a coletividade que são e classificá-los como vulneráveis (o que é essencial diante do desequilíbrio inerente às relações), o CDC instituiu um patamar mínimo de proteção, patamar este que vem sendo ampliado pela doutrina pelo desenvolvimento do conceito de hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada), termo utilizado pela primeira vez pelo Min. Antonio Herman Benjamin no julgamento do Recurso Especial n. 586.316⁵ para se referir aos consumidores que apresentavam problemas de saúde e posteriormente ampliado para incluir idosos⁶, crianças⁷, refugiados⁸, gestantes⁹, analfabetos¹⁰, superendividados¹¹ e qualquer outro consumidor que, por suas próprias características ou por um fato isolado e situação específica, encontra-se em um patamar de maior vulnerabilidade, determinando uma proteção qualificada do Estado e uma atuação mais cuidadosa dos fornecedores¹².

Quando se trata das crianças, o agravamento de sua vulnerabilidade é evidente. Em razão de sua condição de pessoas em desenvolvimento e por limites próprios decorrentes de seu desenvolvimento físico e mental, não possuem elas condições plenas de compreender, por exemplo, o conceito de oferta, as consequências de uma publicidade, os exageros decorrentes de técnicas de convencimento ou o interesse econômico envolvido por trás de um anúncio divertido

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 586.316. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA - Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação. Relator: Min. Antonio Herman Benjamin. Brasília, 17 abr. 2007. DJe 19 mar. 2009.

⁶ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁷ D'AQUINO, Lúcia Souza. *Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁸ GARBINI, Vanessa Gischkow; SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araújo. A vulnerabilidade agravada dos refugiados na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 119, p. 19-47, set./out. 2018.

⁹ XAVIER, José Tadeu Neves; RIEMENSCHNEIDER, Patrícia Strauss. A vulnerabilidade agravada do consumidor nas situações relacionadas à maternidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 121, p. 277-322, jan./fev. 2019.

¹⁰ Veja-se por todos MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 137-139.

¹¹ SIERADZKI, Larissa Maria; MOREIRA, Vlademir Vilanova. Superendividamento: análise acerca da hipervulnerabilidade do consumidor idoso. *Academia de Direito*, v. 3, p. 73-97, 2021. DOI: 10.24302/acaddir.v3.3129.

¹² VIEGAS, João Ricardo Bet. A hipervulnerabilidade como critério para aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 73-91, jun. 2019.

que interrompe seu jogo online ou o vídeo de seu influenciador preferido¹³ (sem mencionar quando o anúncio faz parte do próprio jogo ou vídeo, ainda que de forma por vezes dissimulada)¹⁴.

A afirmação, pela doutrina e pela jurisprudência, de sua condição de hipervulnerabilidade, tem o condão de permitir o desenvolvimento de uma proteção aprofundada, prioritária e integral¹⁵, cumprindo com os deveres constitucionalmente previstos para tal.

No ano de 2014, após longas discussões a respeito da necessidade de proteção da criança no mercado de consumo e fruto do entendimento que a criança não possui condições de compreender os mecanismos inerentes à atividade comercial, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), em atitude inédita até então, publicou a Resolução n. 163¹⁶ que, de forma inovadora, definiu o conceito de comunicação mercadológica¹⁷ e definiu a abusividade de seu direcionamento às crianças e adolescentes.

O grande mérito da Resolução encontra-se em, para além de abordar o conceito de publicidade, já inserido no CDC (art. 37, § 2º), apresentar a comunicação mercadológica, que inclui a publicidade e outras formas de comunicação com esses consumidores, como embalagens, disposição de produtos em estabelecimentos comerciais e outros, utilizando a técnica já apresentada no CDC de uso de conceitos abertos a fim de permitir uma interpretação mais abrangente e protetiva¹⁸.

¹³ COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC kids online Brasil 2018*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. p. 251-253. [e-book]

¹⁴ A exemplo dos advergames e dos vídeos de “recebidos”, unboxing e com apresentação de produtos licenciados dos próprios youtubers.

¹⁵ Cumprindo, assim, com os princípios da proteção integral e prioridade absoluta, positivados no art. 227 da Constituição Federal.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Resolução n. 163, de 13 de março de 2014*. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1635.html#resolucao_163. Acesso em: 21 ago. 2021.

¹⁷ Art. 1º (...)

§ 1º Por 'comunicação mercadológica' entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.

§ 2º A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas.

¹⁸ Sobre o tema, ver: BENJAMIN, Antonio Herman. Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito;

Assim, restou definida a abusividade do direcionamento de toda e qualquer comunicação mercadológica a crianças e adolescentes, em um passo inovador e corajoso na proteção dos hipervulneráveis (passo posteriormente seguido pelo Marco Legal da Primeira Infância - Lei n. 13.257/2016 - em seu art. 5º¹⁹).

Entretanto, a publicação da Resolução, para além de levantar o debate a respeito da abusividade da comunicação mercadológica para o público infantil, despertou também movimentos contrários, no sentido de tentar deslegitimar o documento ou de negar-lhe efetividade. A título de exemplo, a ABERT, poucos dias após a publicação do documento, manifestou-se no sentido de não reconhecer sua legalidade e deixar evidente sua discordância com o texto²⁰. No âmbito do Poder Legislativo, houve a apresentação de Projeto de Decreto Legislativo visando à sustação dos efeitos da Resolução, sob o argumento de que se trata de usurpação de competência por parte do Conselho²¹.

Os argumentos não se sustentam, como bem identificou Miragem em parecer elaborado a respeito da Resolução. Segundo o doutrinador, o parecer atende à exigência de proporcionalidade da regulamentação, cumprindo os critérios de conformidade ou adequação de meios, a exigibilidade ou necessidade da medida e proporcionalidade em sentido estrito, chegando à conclusão de que não há extrapolação de competência, bem como de que a Resolução conforma o sentido

WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentado pelos autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 215-440. p. 223; AZEVEDO, Fernando Costa de. O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, n. 123, p. 17-35, maio/jun. 2019.

¹⁹ Art. 5º Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica. (BRASIL. *Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.)

²⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TV. *Nota pública*: Publicidade infantil. 07 abr. 2014. Disponível em: <https://www.abert.org.br/web/notmenu/nota-publica-publicidade-infantil.html>. Acesso em: 21 ago. 2021.

²¹ De autoria do Deputado Federal Milton Monti, o PDC 1460/2014 não chegou a ser votado pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Sua última movimentação, em janeiro de 2020, foi o envio da Comissão de Seguridade Social e Família para a Coordenação de Comissões Permanentes. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Decreto Legislativo n. 1.460/2014*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=612104>. Acesso em: 21 ago. 2021.)

constitucional da liberdade de iniciativa publicitária, não ocorrendo qualquer vício de inconstitucionalidade no documento.²²

Apesar de seu pioneirismo e inovação, a Resolução 163 encontra pouca efetividade, 7 anos após sua publicação. As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal²³ e Superior Tribunal de Justiça²⁴ a respeito de comunicação mercadológica para crianças, em que pese caminharem no mesmo sentido do documento, deixam de mencioná-lo como fonte de direito, o que demonstra certa resistência ainda em firmar posição no reconhecimento da abusividade de toda e qualquer comunicação mercadológica dirigida a crianças.

Entretanto, espera-se que com a constância dos debates a respeito do tema esse posicionamento evolua e fique cada vez mais evidente a necessidade de garantir efetividade à proteção dos hipervulneráveis no mercado de consumo.

3 ASSÉDIO AO CONSUMO E HIPERVULNERABILIDADE DO NÚCLEO FAMILIAR NA COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA VOLTADA AO PÚBLICO INFANTIL

A Lei n. 14.181/2021, recentemente aprovada no Congresso Nacional, trouxe significativas e importantes atualizações no CDC em matéria de prevenção e tratamento dos consumidores superendividados, suprimindo uma lacuna no texto original da lei e que não mais se justificava. O superendividamento, que obviamente

²² De se ressaltar a ponderação feita pelo autor em razão do enquadramento da atividade publicitária no direito à liberdade de expressão: "Por outro lado, mesmo admitindo-se, ponto de contato entre a publicidade e a liberdade de expressão – mediante consideração de que o exercício da atividade publicitária também é veículo, em alguma medida, de atividade intelectual, artística e de comunicação – a legitimidade das limitações que lhe são endereçadas sustenta-se em proteção a outros direitos e liberdades fundamentais assegurados pela própria Constituição." (MIRAGEM, Bruno. *A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)* (Parecer). 2014. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.)

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.631. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT). Interessada: Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 25 mar. 2021. DJe 27 maio 2021.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.558.086/SP. Recorrente: Pandurata Alimentos Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 10 mar. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/zbWofn>. Acesso em: 10 maio 2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.613.561. Recorrente: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo. Recorrido: Sadia S.A. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 25 abr. 2017. DJe 31 ago. 2020.

não é um fenômeno exclusivo do Brasil²⁵, já atingia, antes da pandemia da COVID-19, um expressivo contingente da população brasileira, sendo que agora se noticia um significativo aumento desta população²⁶.

Neste sentido, é importante observar que os problemas gerados pelo superendividamento vão além do consumidor-devedor na medida em que produzem reflexos diretos no núcleo familiar ao qual esse consumidor pertence²⁷. Por tal razão é que se deve falar, ao menos na maioria dos casos, em consumidores (e famílias) superendividados²⁸.

No campo da publicidade e do consumo infanto-juvenis é possível dizer que não apenas as crianças e adolescentes, mas igualmente os seus núcleos familiares encontram-se em posição de vulnerabilidade agravada, sendo considerados verdadeiras *coletividades hipervulneráveis* expostas aos abusos desse mercado (CDC, art. 29)²⁹ que, num mundo de hiperconsumo emocional³⁰ difundido pelas mídias digitais, influencia de tal modo as crianças e adolescentes a ponto de

²⁵ A título exemplificativo, v. LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado*. Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 191-210 e; AZEVEDO, Fernando Costa de; PEDOTT, Nathercia. Superendividamento: um olhar a partir da sociedade de consumo. *Revista FIDES*, v. 11, n. 1, p. 184-202. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/460/474> Acesso em: 15 ago. 2021.

²⁶ Sobre o tema, v. IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Senado pode melhorar PL do Superendividamento aprovado na Câmara*. 11 maio 2021. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/com-pressao-do-idec-camara-aprova-projeto-de-lei-do-superendividamento>. Acesso em: 21 ago. 2021.

²⁷ Esses reflexos não são apenas econômicos, mas também existenciais, isto é, afetam as relações afetivas e a própria saúde do consumidor-devedor e seus familiares. No campo da psicologia, destaca-se a importante pesquisa canadense realizada por Davis e Mantler, que revela as consequências negativas do *stress* familiar gerado pela situação de superendividamento (DAVIS, Christopher G.; MANTLER, Janet. The consequences of financial stress for individuals, families, and society. *Centre for Research on Stress, Coping and Well-being*. Carleton University, Ottawa: Department of Psychology, 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Janet_Mantler/publication/229052873_The_Consequences_of_Financial_Stress_for_Individuals_Families_and_Society/links/0c9605295f3d47acb9000000/The-Consequences-of-Financial-Stress-for-Individuals-Families-and-Society.pdf Acesso em: 15 abr. 2021.

²⁸ AZEVEDO, Fernando Costa de. O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, n. 123, p. 17-35, maio/jun. 2019.

²⁹ AZEVEDO, Fernando Costa de. O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, n. 123, p. 17-35, maio/jun. 2019.

³⁰ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras. 2007.

determinar as escolhas e decisões de consumo familiares, gerando, não raras vezes, risco ou situações reais de superendividamento³¹.

Não por acaso o CDC, com a nova regulamentação trazida pela Lei 14.181, prevê importantes dispositivos para prevenção das situações de superendividamento, dentre os quais se destaca o art. 54-C, inciso IV, regulador das situações de *assédio ao consumo*³², em especial daquelas que se direcionam a consumidores em estado de vulnerabilidade agravada, como é o caso da criança e de seu núcleo familiar³³. Trata-se de importante reforço normativo ao art. 39, inciso IV do CDC, que estabelece como abusiva a prática de assédio ("impingir" = forçar, empurrar) aos consumidores hipervulneráveis em função de fatores como a idade.

Nas situações envolvendo a comunicação mercadológica voltada ao público infantil esse assédio não se traduz tanto em práticas de coação verbal ou física (como se tem notícia em casos com idosos!), quanto em técnicas sutis e bastante sofisticadas de manipulação e convencimento da criança, que se dão, regra geral, por meio das mídias contemporâneas, tais como canais de *Youtubers* e na dinâmica dos *games*³⁴, onde a evolução do jogador condiciona-se à realização de micro transações eletrônicas, a exemplo da compra de uma *skin* (uma "pele" ou roupa para o avatar) ou de algum outro objeto que precisa ser adquirido pela criança ou

³¹ Com bem observam Clarissa Costa de Lima e Bruno Miragem "As crianças e os adolescentes de hoje estão muito mais expostos aos meios de comunicação de massa com apelo mercadológico de incentivo ao consumo de produtos e serviços (roupas, alimentos, brinquedos, entre outros). Sob influência agressiva da mídia tradicional e eletrônica, os filhos interferem na decisão de consumo de seus pais, contribuindo para o aumento das despesas familiares. Nas gerações mais antigas não havia a mesma pressão para o consumo e os pais faziam suas escolhas sem a interferência da prole, por acreditar que sabiam o que era melhor para seus filhos" (LIMA, Clarissa Costa de; MIRAGEM, Bruno. Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento sobre as relações familiares. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 85-116, 2014. p. 101-102).

³² Sobre o tema v. VERBICARO, Dennis; RODRIGUES, Lays; ATAÍDE, Camille. Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 119, p. 349-384, set./out. 2018.

³³ Dispõe o art. 54-C, inciso IV do CDC: É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio.

³⁴ D'AQUINO, Lúcia Souza. *A criança consumidora e os abusos da comunicação mercadológica: passado, presente e futuro da proteção dos hipervulneráveis*. Curitiba: CRV, 2021. Interessante citar aqui a utilização, em alguns *games*, das chamadas *loot boxes* ou caixas de recompensa. Para saber mais a respeito: VINHA, Felipe. O que são as *loot boxes*? Entenda a polêmica dos games. *Techtudo*, 30 nov. 2017. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2017/11/o-que-sao-loot-boxes-entenda-a-polemica-dos-games.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2021.

adolescente. Neste momento é acionado o cartão de crédito do responsável (pai, mãe, avós etc.) e seus dados pessoais e financeiros acabam sendo disponibilizados em ambientes nem sempre confiáveis, agravando a vulnerabilidade destes pais ou avós enquanto “consumidores financiadores” da operação econômica.

Essas e outras situações evidenciam a necessidade de um reconhecimento jurídico do núcleo familiar como coletividade hipervulnerável diante dos abusos da publicidade e comunicação mercadológica voltada ao público infanto-juvenil. Não obstante a existência dos deveres próprios do poder familiar, os pais contemporâneos encontram-se em grande dificuldade para exercer o cuidado e a vigilância de seus filhos, razão pela qual não é justo deixá-los à mercê do mercado sob o falacioso argumento de que o Estado não deve interferir na autonomia familiar. Ao contrário, a própria Constituição Federal estabelece que essa autonomia não é absoluta ao determinar, para a proteção integral da criança, o dever de intervenção estatal juntamente com a sociedade civil (art. 227)³⁵.

A intervenção estatal, por óbvio, não elimina a responsabilidade dos pais, mas já demonstra a insuficiência de se proteger a criança apenas com o apoio parental (levando-se em conta situações em que o risco para a criança está na conduta dos próprios pais)³⁶. Portanto, deve-se considerar o núcleo familiar como titular do dever fundamental de proteção à criança (com a necessária intervenção estatal) e, ao mesmo tempo, como titular do direito fundamental de proteção enquanto *coletividade hipervulnerável* diante dos abusos na publicidade e comunicação mercadológica voltados ao público infanto-juvenil (CF, art. 5º, inciso XXXII c/c CDC, art. 29)³⁷.

³⁵ VERBICARO, Dennis; BOAVENTURA, Igor Davi da Silva; RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. A proteção integral e o melhor interesse da criança no contexto das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 122, p. 89-111, mar./abr. 2019.

³⁶ BRITTO, Igor Rodrigues. O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 107-130, set. 2011. p. 118-119.

³⁷ AZEVEDO, Fernando Costa de. O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, n. 123, p. 17-35, maio/jun. 2019. p. 20.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da criança e de seu núcleo familiar como sujeitos hipervulneráveis no mercado de consumo, para além de um mero jogo de palavras, representa um avanço hermenêutico da doutrina e da jurisprudência no sentido de permitir que toda proteção devida aos consumidores em situação de maior vulnerabilidade seja estendida também a estes, em uma concretização dos deveres constitucionais inerentes à proteção dos consumidores, da criança e da família.

Os importantes avanços ocorridos por meio das decisões no STF e STJ, bem como a inserção dos hipervulneráveis no rol dos protegidos contra o assédio de consumo pela Lei n. 14.181/2021 demonstram um interesse genuíno e necessário no avanço da proteção de quem mais precisa, em uma concretização do princípio de efetividade disposto nos arts. 4º, II e 6º, VI do CDC.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TV. *Nota pública*: Publicidade infantil. 07 abr. 2014. Disponível em: <https://www.abert.org.br/web/notmenu/nota-publica-publicidade-infantil.html>. Acesso em: 21 ago. 2021.

AZEVEDO, Fernando Costa de. O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, n. 123, p. 17-35, maio/jun. 2019.

AZEVEDO, Fernando Costa de; PEDOTT, Nathercia. Superendividamento: um olhar a partir da sociedade de consumo. *Revista FIDES*, v. 11, n. 1, p. 184-202. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/460/474> Acesso em: 15 ago. 2021.

BENJAMIN, Antonio Herman. Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentado pelos autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 215-440.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Resolução n. 163, de 13 de março de 2014*. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1635.html#resolucao_163. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 586.316*. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA - Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação. Relator: Min. Antonio Herman Benjamin. Brasília, 17 abr. 2007. DJe 19 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.558.086/SP*. Recorrente: Pandurata Alimentos Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 10 mar. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/zbWofn>. Acesso em: 10 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.613.561*. Recorrente: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo. Recorrido: Sadia S.A. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 25 abr. 2017. DJe 31 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.631*. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT). Interessada: Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 25 mar. 2021. DJe 27 maio 2021.

BRITTO, Igor Rodrigues. O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 107-130, set. 2011. p. 118-119.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Decreto Legislativo n. 1.460/2014*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=612104>. Acesso em: 21 ago. 2021.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC kids online Brasil 2018*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. p. 251-253. [e-book]

D'AQUINO, Lúcia Souza. *A criança consumidora e os abusos da comunicação mercadológica: passado, presente e futuro da proteção dos hipervulneráveis*. Curitiba: CRV, 2021.

D'AQUINO, Lúcia Souza. *Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DAVIS, Christopher G.; MANTLER, Janet. *The consequences of financial stress for individuals, families, and society*. Centre for Research on Stress, Coping and Well-being. Carleton University, Ottawa: Department of Psychology, 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Janet_Mantler/publication/229052873_The_Consequences_of_Financial_Stress_for_Individuals_Families_and_Society/links/0c9605295f3d47acb9000000/The-Consequences-of-Financial-Stress-for-Individuals-Families-and-Society.pdf Acesso em: 15 abr. 2021.

GARBINI, Vanessa Gischkow; SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araújo. A vulnerabilidade agravada dos refugiados na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 119, p. 19-47, set./out. 2018.

IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Senado pode melhorar PL do Superendividamento aprovado na Câmara*. 11 maio 2021. Disponível em:

<https://idec.org.br/noticia/com-pessao-do-idec-camara-aprova-projeto-de-lei-do-superendividamento>. Acesso em: 21 ago. 2021.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado*. Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 191-210.

LIMA, Clarissa Costa de; MIRAGEM, Bruno. Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento sobre as relações familiares. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 85-116, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras. 2007.

MAFRA NETTO, Alberto Mário; BARBOSA, Inêz Carneiro. A influência da criança no poder de compra de uma família: o quão importante é a educação familiar no consumo. *Revista de Administração do CESMAC*, v. 3, p. 69-84, 2019. DOI: <https://doi.org/10.3131/race.v3i0.924>.

MIRAGEM, Bruno. *A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) (Parecer)*. 2014. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

SIERADZKI, Larissa Maria; MOREIRA, Vlademir Vilanova. Superendividamento: análise acerca da hipervulnerabilidade do consumidor idoso. *Academia de Direito*, v. 3, p. 73-97, 2021. DOI: 10.24302/acaddir.v3.3129.

VERBICARO, Dennis; BOAVENTURA, Igor Davi da Silva; RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. A proteção integral e o melhor interesse da criança no contexto das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 122, p. 89-111, mar./abr. 2019.

VERBICARO, Dennis; RODRIGUES, Lays; ATAÍDE, Camille. Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 119, p. 349-384, set./out. 2018.

VIEGAS, João Ricardo Bet. A hipervulnerabilidade como critério para aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 73-91, jun. 2019.

VINHA, Felipe. O que são as *loot boxes*? Entenda a polêmica dos games. *Techtudo*, 30 nov. 2017. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2017/11/o-que-sao-loot-boxes-entenda-a-polemica-dos-games.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2021.

XAVIER, José Tadeu Neves; RIEMENSCHNEIDER, Patrícia Strauss. A vulnerabilidade agravada do consumidor nas situações relacionadas à maternidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 121, p. 277-322, jan./fev. 2019.

ENUNCIADOS I JORNADA

Enunciado 1. Os dispostos nos Artigos 54-A usque 54-D da Lei 14.181/21 sobre a prevenção do superendividamento do consumidor se aplicam ao crédito imobiliário e dívidas com garantias reais.

Autores: Professor Dr. Fernando Martins e Professora Dra. Keila Pacheco Ferreira

Enunciado 2. A Lei 14.181/21 reforça a dimensão constitucional do dever de proteção do Estado ao consumidor (Art. 5º, XXXII da CF/1988) e o princípio da prevenção e tratamento do superendividamento pressupõe a aplicação ex officio das regras do Código de Defesa do Consumidor em caso de superendividamento do consumidor pessoa natural (Art. 4º, X e Art. 5º, VI do CDC), superando a Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça.

Autora: Profa. Dra. Dr. h. c. Claudia Lima Marques.

Enunciado 3. A informação inadequada nos contratos de concessão de crédito pode ensejar a responsabilização civil do fornecedor concedente perante o tomador consumidor, sem prejuízo de outras sanções.

Autora: Prof. Dra. Cíntia Muniz de Souza Konder.

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

Autor: Prof. Dr. Flávio Tartuce.

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

Autora: Prof. Dra. Ana Carolina Zancher.

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

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

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

como na França, com um valor fixo 'vital' de um salário mínimo ou de 2/3 do salário mínimo, em todos os casos.

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

Enunciado 8. Aos créditos consignados, aqueles que envolvem autorização prévia do consumidor pessoa natural para consignação em folha de pagamento, se aplicam as disposições contidas no art. 54-A a 54 -D, inclusive parágrafo único.

Autores: Professor Dr. Fernando Martins e Professora Dra. Keila Pacheco Ferreira.

Enunciado 9. Apesar do veto ao Art. 54-E que se refere a capacidade de consignação, para evitar o superendividamento do consumidor e garantir a preservação do mínimo existencial na concessão de crédito é necessário manter a limitação do crédito consignado em 30%.

Autora: Prof. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi.

Enunciado 10. Em caso de superendividamento do militar das Forças Armadas, para a manutenção do princípio do mínimo existencial, o juiz pode considerar inaplicável o art. 14, § 3º da MP 2.251-10/2001.

Autora: Prof. Dra. Andréia F. de Almeida Rangel.

Enunciado 11. Conceitualmente e por definição o crédito consignado previsto na MP1061/21 constitui crédito irresponsável.

Autora: Prof. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi.

Enunciado 12. A consulta prévia sobre a existência de margem consignável pelo credor é condição para a formalização do contrato de crédito consignado (art. 54-G, §1º).

Autora: Prof. Dra. Ana Carolina Zancher.

Enunciado 13. A repactuação de dívidas, tanto na fase conciliatória e preventiva, quanto na fase judicial, deve incluir os créditos consignados e verificar se os cuidados exigidos pelo Art. 54-G, parágrafo primeiro foram cumpridos.

Autora: Prof. Dra. Ana Carolina Zancher.

Enunciado 14. O assédio de consumo, como gênero, está em todas as práticas comerciais agressivas que limitam a liberdade de escolha do consumidor e, ao se considerar as práticas de coerção diversas, a vulnerabilidade potencializada e o tratamento de dados para oferta dirigida e programada de consumo, identificam-se as espécies de: assédio de consumo por persuasão indevida; assédio de consumo por personificação de dados; assédio de consumo qualificado, ao se tratar de consumidor com vulnerabilidade agravada e assédio de consumo agravado por prêmio.

Autor: Prof. Dr. Vitor Hugo do Amaral Ferreira.

Enunciado 15. A oferta de crédito, mediante remuneração de capital, com a proposta de garantia real, é incomum e não usual para a espécie contratual, uma vez que é

própria ao financiamento imobiliário, revestindo-se assim de nítida violação dos direitos fundamentais de moradia e habitação, com o intuito de, em caso de superendividamento, o devedor não fazer jus ao tratamento, inclusive com repactuação de dívidas, já que há vedação expressa na Lei 14.181/21, de não aplicação ao crédito imobiliário ou garantias reais.

Autores: Prof. Dr. Vitor Hugo do Amaral Ferreira e Prof. Dr. Diógenes Faria de Carvalho.

Enunciado 16. Para a exclusão da prevenção e tratamento do superendividamento, segundo Art. 54-A, par. 3 in fine do CDC, como regra de exceção, deve-se interpretar restritivamente e atentar à combinação do alto valor e da superfluidade dos produtos e serviços, não bastando um ou outro, isoladamente; devendo ser determinado caso a caso.

Autora: Prof. Dra. Ana Carolina Zancher.

Enunciado 17. Com a entrada em vigor da Lei 14.181/21, recomenda-se aos tribunais brasileiros a implementação de Núcleos de Conciliação e Mediação de Conflitos para a conciliação pré-processual (art. 104-A do CDC) das dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, que comprometam o mínimo existencial do consumidor pessoa natural e de boa-fé.

Autora: Prof. Dra. Clarissa Costa de Lima.

Enunciado 18. O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação perante os órgãos do SNDC acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora.

Autores: Professor Dr. Fernando Martins e Professora Dra. Keila Pacheco Ferreira.

Enunciado 19. No processo por superendividamento para a revisão e integração dos contratos, o juiz levará em consideração a conduta dos fornecedores de crédito no que se refere: a) ao cumprimento dos deveres de informação, esclarecimento e verificação das condições de crédito do consumidor, podendo aplicar ex-officio as sanções previstas no parágrafo único do art. 54-D; b) à aceitação ou recusa em colaborar na renegociação ou no plano de pagamento amigável.

Autora: Prof. Dra. Clarissa Costa de Lima.

Enunciado 20. As sanções previstas no artigo 54-D, § único se aplicam ao processo administrativo no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Autora: Prof. Dra. Flávia do Canto.

Enunciado 21 – O processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas previsto no art. 104-A e 104-B do CDC, com a redação dada pela Lei 14.181/21, é procedimento especial e não se aplicam as disposições contidas nos §§2º e 3º do art. 330 do CPC/15, que imporiam ao consumidor superendividado o pagamento/depósito do valor incontroverso, barreira de acesso à justiça que prejudicaria a finalidade da lei de combater a exclusão social (Art. 4, X do CDC).

Autor: Prof. Dr. André Perin Schmidt Neto.

Enunciado 22. Art. 104-A. Em atendimento ao direito de amplo acesso à justiça, deve ser deferida a gratuidade de justiça ou o recolhimento de custas judiciais ao final nos processos de superendividamento do consumidor.

Autoras: Prof. Dra. Cíntia Muniz de Souza Konder e Prof. Dra. Andréia F. de Almeida Rangel.

Enunciado 23. O art. 51, XVII do Código de Defesa do Consumidor, introduzido pela Lei nº 14.181/2021, densifica os direitos fundamentais ao acesso à justiça e à tutela do consumidor em juízo (art. 5º, XXXV e XXXII da Constituição Federal), de modo a impedir que o emprego de meios alternativos de solução de litígios, em âmbito judicial ou extrajudicial, sejam eles baseados em soluções analógicas ou digitais, possa servir como condição ou forma de limitação ao acesso do consumidor ao Poder Judiciário, sob pena de ofensa à proibição de retrocesso social.

Autores: Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins e Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt.

Enunciado 24. A nova redação dada ao art. 51 do CDC, com a inserção do inciso XVII, confirma o direito de acesso aos órgãos do Judiciário do Art. 6º, VII e a proibição de cláusula de arbitragem nos contratos de consumo com pessoa natural (Art. 5, VII do CDC).

Autor: Prof. Dr. André Perin Schmidt Neto.

Enunciado 25. É ônus do fornecedor provar o cumprimento dos deveres de boa-fé impostos nos artigos 52, 54-B, 54-C e 54-D do CDC, de forma a evitar as sanções previstas no parágrafo único do Art. 54-D.

Autor: Prof. Dr. André Perin Schmidt Neto.

ENUNCIADOS II JORNADA

Enunciado 1. A Lei 14.181/21 é de ordem pública e de interesse social, e reconhece que o fenômeno do superendividamento do consumidor pessoa natural é estrutural da sociedade de crédito e consumo, constituindo grave risco sistêmico e de exclusão social, que deve ser prevenido e tratado através do princípio da boa-fé e práticas de crédito responsável.

Autores: Prof. Dr. Fernando Martins, Prof. Dr. Ricardo Sayeg e Profa. Dra. Dr. h.c. Claudia Lima Marques.

Enunciado 2. O disposto no art. 4º do CDC, com a alteração trazida pela Lei 14.181/21, confere normatividade ao princípio da não exclusão social do consumidor.

Autor: Prof. Dr. Fernando Martins.

Enunciado 3. Os novos direitos básicos inseridos no art. 6º pela Lei 14.181/21 no Código de Defesa do Consumidor são direitos prevalentes fixando deveres correspondentes aos fornecedores.

Autor: Prof. Dr. Fernando Martins.

Enunciado 4. A prática de assédio é atentatória e lesiva ao consumidor não só na oferta do crédito, mas em relação a oferta de todos os produtos e serviços, sendo considerado, por isso, novo tipo de dano: 'dano de assédio'. O CDC reconhece a necessidade de proteção especial dos consumidores crianças, que são hipervulneráveis frente às atividades de comunicação mercadológica.

Autores: Prof. Dr. Fernando Martins e Profa. Dra. Lúcia Souza d'Aquino.

Enunciado 5. A boa-fé e seu dever de informar é meio inibidor ao superendividamento do consumidor, uma vez que as informações de qualidade, esclarecedoras, confiáveis e qualificadas, devem ser apresentadas de forma prévia e adequada no momento da oferta ao consumidor no fornecimento de crédito, pelo fornecedor e pelo intermediário, na forma do art. 54-B c/c art. 52 da Lei 8.078/90.

Autoras: Profa. Dra. Andréia Rangel e Profa. Dra. Cíntia Konder.

Enunciado 6. Os deveres de informação, de esclarecimento, de avaliação da situação financeira do consumidor previstos nos artigos. 52, 54-B, 54-C e 54-D, são a base do crédito responsável junto com os deveres de entrega da cópia do contrato, de verificação da margem consignada, de pesquisa nos bancos de dados, de prestar uma informação leal e útil à compreensão dos riscos e ônus da contratação, sob a pena de incorrer na revisão-sanção do parágrafo único (art. 54-D parágrafo único).

Autores: Prof. Dr. Bruno Miragem, Profa. Dra. Andréia Rangel e Profa. Dra. Dr. h. c. Claudia Lima Marques .

Enunciado 7. Na interpretação do artigo 54-C, IV do CDC, deve ser considerada a situação de hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada da mulher em muitas situações de consumo.

Autores: Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Profa. Me. Thais Caroline Brecht Esteves Gouveia e Prof. Me. Ronaldo Vieira Francisco.

Enunciado 8. Nos processos de repactuação dos contratos firmados pelo consumidor por superendividamento é desnecessária a indicação da causa das suas dívidas.

Autores: Min. Prof. Dr. Paulo Dias de Moura Ribeiro e Profa. Me. Mônica Di Stasi.

Enunciado 9. O litisconsórcio que se forma entre os credores no processo de repactuação de dívidas previsto nos artigos 104-A e B, da Lei 14.181/21, é do tipo facultativo simples.

Autores: Min. Prof. Dr. Paulo Dias de Moura Ribeiro e Profa. Me. Mônica Di Stasi.

Enunciado 10. Considerando que o processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos é instaurado exclusivamente a pedido do consumidor, e que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC, além de estar expressamente prevista na própria definição de superendividamento contida no artigo 54-A, parágrafo 1º, a falta de indicação de algum credor, especialmente se ocorreu cessão de dívidas, não impede a homologação de acordo nem, tampouco, inviabiliza a formação do plano compulsório, que apenas reorganizará a relação contratual em relação aos envolvidos no processo.

Autores: Profa. Me. Mônica Di Stasi e Profa. Dra. Dr. h. c. Claudia Lima Marques.

Enunciado 11. Caso não seja possível formular plano para pagamento de todo o passivo do consumidor em até cinco anos, este prazo poder ser ampliado, seja por consenso das partes na conciliação, seja por determinação judicial, desde que tal medida se revele necessária à preservação do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

Autores: Prof. Dr. Ricardo Sayeg, Profa. Me. Mônica Di Stasi e Prof. Me. Luiz Felipe Rossini.

Enunciado 12. O plano de pagamento quinquenal do art. 104-B, § 4º, do CDC (plano judicial compulsório), poderá ser ampliado, para além dos 5 (cinco) anos, bem como ter por afastada a correção monetária do principal, na hipótese de violação, pelo fornecedor, do art. 54-D, incisos I a III, devendo ser avaliada a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, conforme estabelece o art. 54-D, parágrafo único, do CDC.

Autores: Prof. Me. Ronaldo Vieira Francisco, Profa. Me. Thais Caroline Brecht Esteves Gouveia, Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

Enunciado 13. A sentença que homologar a repactuação consensual (art. 104-A, §3º), assim como o plano judicial compulsório (art. 104-B), implicam em novação da dívida. A menção à suspensão das ações judiciais em curso (art. 104-A, §4º, II) refere-se ao período compreendido entre a apresentação do plano e a sua homologação, após a qual haverá novação e conseqüente extinção de todas as ações em andamento.

Autores: Prof. Me. Luiz Felipe Rossini e Profa. Dra. Dr. h. c. Claudia Lima Marques.

Enunciado 14. Não subsiste a obrigação do fiador, por não ter participado da repactuação permitida pela Lei 14.181/2021.

Autor: Prof. Me. Luiz Felipe Rossini.

Enunciado 15. Considerando que créditos são contratos de trato sucessivo e segundo o Art. 3º da Lei 14.181/2021 esta é aplicável aos efeitos atuais dos contratos em curso, nas ações em curso e revisionais, deve ser dada ao consumidor a possibilidade de emenda da petição inicial para adaptar ao rito especial da Lei 14.181/2021, se a fase processual permitir, ou, em caso negativo, de optar pela desistência da ação e introdução de nova demanda sob o rito da Lei 14.181/2021, visando a preservação de seu mínimo existencial.

Autora: Profa. Dra. Karen D. Bertoncello.

Enunciado 16. Em respeito ao juízo universal, as ações de superendividamento do consumidor conforme a Lei 14.181/2021 em trâmite na Justiça Federal, analogicamente as causas de falências e recuperação extrajudicial, podem ser processadas na Justiça Estadual.

Autora: Profa. Dra. Karen D. Bertoncello.

Enunciado 17. O disposto no art. 104-A da Lei 14.181/2021 aplica-se analogicamente a processos de execução frustrada por falta de bens a serem penhorados de pessoas naturais. Assim, no caso de execuções forçadas (processo de execução ou cumprimento de sentenças), em que restam frustradas, pela inexistência de bens a serem penhorados, o juiz deve tentar a resolução consensual, designando audiência, de ofício, que poderá ser no rito da Lei 14.181/2021, e em caso de não se obter êxito, com algum dos credores, deverá cientificar o devedor, em caso de superendividamento, do instrumental legal previsto na lei do superendividamento art. 104-A.

Autora: Profa. Me. Rossana Teresa Curioni Mergulhão.

Enunciado 18. Na matriz curricular dos cursos de preparação de conciliadores e mediadores dos CEJUSCs deve haver capacitação específica, qualificando-os para a conciliação no procedimento do superendividamento (art. 104-A, CDC, com a redação dada pela Lei 14.181/2021), a ser implementada, primariamente, pelo CNJ, inclusive à distância, para atender ao maior número possível de CEJUSCs.

Autores: Prof. Me. Ronaldo G. Merighi e Profa. Dra. Clarissa Costa de Lima.

