

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



Vol. V | n. 17 | Março 2015

#17

Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

Mário Frota

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Editora Bonijuris

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo

Volume V, número 17, março 2015

Periodicidade: trimestral (março, junho, setembro e dezembro)

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabeth Pissaia

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Karla Pluchiennik M. Tesseroli – Luiz Fernando de Queiroz
– Noeli do Carmo Faria

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção gráfica: Jéssica Regina Petersen

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Qualis C – Capes

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

Assinaturas: 0800-645-4020 – www.livrariabonijuris.com.br

Preço de exemplar impresso: **R\$ 120,00** ou cotação do dia

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO – 2011.

Trimestral (março, junho, setembro e dezembro).

Curitiba: Editora Bonijuris Ltda.

Diretor: Mário Frota. Editor Responsável: Luiz Fernando de Queiroz.

Formato 15,4cm x 23cm, 320 páginas, capa: quatro cores (350gm), miolo: duas cores (70gm).

Circula no Brasil e em Portugal (União Europeia).

ISSN 2237-1168

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

I. Título

Conselho Diretor

Mário Frota, presidente
Joatan Marcos de Carvalho, vice-presidente
Jorge Pegado Liz, diretor para relações internacionais
Roberto Senise Lisboa, diretor para relações institucionais

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial (Brasil)

Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger
Alcino Oliveira de Moraes, Amélia Rocha, Antonio Joaquim Fernandes Neto
Aurisvaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de Matos
Fátima Nancy Andrichi, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia
Gregório Assagra de Almeida, Hector Valverde Santana, Heloísa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najjarian, Igor Rodrigues Britto
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes
Marcelo Gomes Sodré, Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Markus Samuel Leite Norat, Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini
Newton de Lucca, Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

Ana Filipa Conceição, Ângela Frota
Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota, Cátia Marques Cebola
Cristina Rodrigues de Freitas, David Falcão, Emília Santos, Fernando Gravato Morais
François Chabas (França), Guillermo Orozco Pardo (Espanha), Henri Temple (França)
João Cardoso Alves, Júlio Reis Silva
Maria de los Ángeles Zurilla Cariñana (Espanha), Marisa Dinis
M. Januário da Costa Gomes, Paulo Duarte, Paulo Ferreira da Cunha
Paulo Morais, Paulo Teixeira, Rafael Augusto Moura Paiva
Rute Couto, Susana Almeida
Susana Ferreira dos Santos, Telmo Cadavez

Patrocínio

Garante – Serviços de Apoio Ltda.
Duplique – Créditos e Cobranças Ltda.

Apoio Institucional

Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná
Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil
Esmap – Escola da Magistratura do Paraná
Instituto Euclides da Cunha
Instituto Ciência e Fé

EDITORIAL

- 09 **A Permanente Incógnita das Crises Financeiras e seus Reflexos na Condição Jurídico-Material dos Consumidores das *Sete Partidas* do Globo**

MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 15 **Bancos de Dados Negativos de Consumidores: Abusos Cometidos por seus Gestores e Fornecedores**

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO

- 45 **Sobre Prevenção e Reparação de Danos Contratuais em Relações de Consumo: Reflexões à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**

ADALBERTO PASQUALOTTO

CLÁUDIO LIMA NERY

- 71 **Cláusulas Abusivas nos Contratos de Financiamento: A Jurisprudência do STJ e seus Reflexos no Âmbito do TJMG**

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA

LUCIANA GONÇALVES NUNES

- 97 **As Manifestações Populares como Ferramenta Reivindicatória dos Consumidores – Problema: As Manifestações Populares de Rua para Reivindicação de Direitos dos Consumidores Podem Ser Evitadas?**

FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO

- 141 **Controle Estatal dos Contratos de Consumo**

SOLON IVO DA SILVA FILHO

- 153 **Vícios Construtivos e a Controvérsia Envolvendo a Eventual Responsabilidade Civil Solidária do Agente Financeiro**

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE

- 177 **Anotações sobre o Risco de Desenvolvimento: Análise do Caso da Talidomida**

JULIANE TEIXEIRA MILANI

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

- 207 **A Categoria Jurídica de ‘Consumidor-Criança’ e sua Hipervulnerabilidade no Mercado de Consumo Brasileiro**
DIÓGENES FARIA DE CARVALHO
THAYNARA DE SOUZA OLIVEIRA
- 231 **Comentários ao Tratamento Jurídico Conferido aos Investidores no Mercado Financeiro e de Capitais Enquanto Consumidores de Produtos e Serviços – Aspectos do Regime do Direito do Consumidor Aplicáveis aos Mercados Financeiro e de Capitais no Direito Brasileiro**
ILENE PATRÍCIA DE NORONHA NAJJARIAN

PARECER

- 257 **Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho Relativa aos Contratos de Crédito para Imóveis de Habitação [COM(2011) 142 final – 2011/0062 (COD)] (2011/C 318/22)**
REINE-CLUDE MADER

LEGISLAÇÃO

- 269 **Diretiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de fevereiro de 2014 Relativa aos Contratos de Crédito aos Consumidores para Imóveis de Habitação e que Altera as Diretivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) 1093/2010**

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 289 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: Luiz Carlos Gomes da Mata
- 292 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: José de Carvalho Barbosa
- 298 **Ementário**
Julgados do TJ/RS, do TJ/MG e do TJ/DF

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 303 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção)**
Relator: M. Safjan
- 309 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: Granja da Fonseca

EDITORIAL

A permanente incógnita das crises financeiras e seus reflexos na condição jurídico-material dos consumidores das *sete partidas* do globo

Num trabalho recente que por bem houvermos escrever (Crise Financeira & Direito do Consumo), publicado em janeiro de 2015, definimos tanto as causas e consequências da crise financeira que se abateu, em particular, sobre os países do sul da Europa, como da Irlanda, e suas fundas repercussões na esfera dos consumidores.

O corte, na sua aparente singeleza, é este:

“1. Causas da crise financeira

As causas da crise financeira poder-se-ão perfilar *brevitatis causa* como segue:

a. Endividamento público excessivo, de países com debilidades patentes, *v.g.*, como os do sul da Europa (Portugal, Espanha, Itália, Grécia) e, noutro quadrante, a Irlanda.

b. Ausência de coordenação política da União Europeia em ordem à resolução do excessivo endividamento público dos Estados-membros, nos antípodas da solidariedade interinstitucional que mister seria se edificasse mercê da essência própria do bloco político, económico e social destarte arquitetado.

Nem se nos afigura de desenvolver os pontos em destaque que constituem o eixo fulcral da situação que se abateu sobre Portugal com a corte de consequências, aliás, de extrema gravidade na esfera própria dos cidadãos-consumidores confrontados com o inopinado quadro que a todos se nos deparou.

2. Consequências da crise

Em decorrência de fatores como os enunciados, os efeitos imediatos que refulgem e emergem traduzem-se circunstanciadamente em:

- a. Evasão de capitais de investimento (geral debandada de investidores estrangeiros como nacionais)
- b. Rarefação de recursos em ordem a prover os processos de concessão de crédito
- c. Agravamento das situações de insolvência de sociedades mercantis de maior ou menor talhe ante fenómenos de flagrante recessão
- d. Espiral de desemprego como consequência imediata de falências em massa ou de reajustamentos do tecido empresarial em razão de uma miniaturização do mercado
- e. Reação popular, por vezes a roçar violência extreme, pelas medidas de compressão e austeridade encetadas pelos Estados-membros em ordem à contenção da crise e ao reequilíbrio das contas públicas, como ocorreu patentemente em Espanha e na Grécia e, de forma mais atenuada, em Portugal (neste passo, pelo enquadramento oferecido pelas centrais sindicais à *turba multa* em “fúria”... há que reconhecê-lo)
- f. Redução dos *ratings* (pelas agências de valoração de risco) das nações e das instituições de crédito dos Estados de todo envolvidos na crise, com os reflexos daí emergentes
- g. Precipitação ou reduzido crescimento do PIB dos Estados-membros da União Europeia em função do global arrefecimento da economia dos países do bloco
- h. Contágio da crise a países outros com relações comerciais com a União Europeia. A crise é susceptível de degenerar – e degenera em regra – em recessão económica global.

3. Repercussões na esfera dos consumidores *intramuros*

Na esfera própria dos consumidores, que constituem *a se* fator de desenvolvimento e expansão dos mercados e, a jusante, do mercado de consumo em sentido próprio, as repercussões imediatas exprimem-se como segue, fruto da quotidiana experiência que colhemos e ao longo do triénio se foi sedimentando:

3.1. Drástica redução dos rendimentos do trabalho

3.2. Substantial afetação das pensões de aposentados e reformados (e de prestações sociais outras) com uma enorme frustração não só de expectativas fundadas como de direitos que se haviam acastelado na esfera própria de cada um e de todos e em parcelas significativas do seu património atingidas pelo *maremoto* da crise

3.3. Surpreendente agravamento de impostos e taxas a todos os níveis, a beirar se não mesmo a exceder os limites da exaustão fiscal

3.4. Espiral recessiva em todos os segmentos do mercado

3.5. Preços de produtos e serviços essenciais a disparar *a se*, sem um efetivo controlo de um pretensu Estado dirigista, ou em razão dos gravosos impostos que sobre eles passaram a recair [o paradoxo de sobre a energia eléctrica impender um imposto (o de valor acrescentado) de análoga expressão nominal da de produtos sumptuários...]

3.6. Atualização regular de preços de tais produtos e serviços em percentagens superiores às dos índices de preços no consumidor com reflexos no empobrecimento geral, tanto mais que as remunerações do trabalho, de há anos congeladas, assim se mantiveram ou se reduziram a bel talante do arbítrio feito regra

3.7. Brutal agravamento das rendas de casa (dos aluguéis) em consequência da denominada Lei das Rendas (*rectius*: do novíssimo regime do arrendamento urbano – a locação imobiliária – assente numa brutal irracionalidade que escapa à percepção dos pretensos “responsáveis” políticos) menos ponderada e, a um tempo, injusta em si mesmo, e em certos termos, para locadores, e de forma brutal para os locatários – brutal, extensa e profunda.

3.8. Vertiginosa ascensão dos índices de pobreza com uma dorida expressão sobre as crianças, como se vem realçando, aliás (uma em cada três crianças mergulha na mais atroz indigência e em condições de vida infra-humanas...)

3.9. Ausência de uma concorrência salutar em segmentos relevantes do mercado de consumo [combustíveis, electricidade, serviços postais, em determinadas vertentes das comunicações electrónicas, conceito abrangente que vai para além do serviço fixo e do móvel de telefone (telefonía celular)...], neste passo por inépcia ou comprometimento das autoridades da concorrência

3.10. Explosão dos índices de desemprego (e agravamento da precariedade no emprego...)

3.11. Clamorosa redução das prestações sociais (no *quantum* e no *quando*) em gritante afecção de critérios de equidade

3.12. Agravamento das condições de acesso à saúde, à educação, aos serviços públicos essenciais [em que os eixos viários (*maxime* as autoestradas) se situam, fora de catálogo, porém, e com a introdução das portagens

(pedágios) nas que delas estavam isentos, com o conseqüente e excessivo “repovoamento” das estradas nacionais, o agravamento da sinistralidade e a excessiva poluição com que as populações circunvizinhas passaram a ser brindadas...] com as ruinosas conseqüências, pois, para a qualidade de vida de cada um e todos

3.13. Agravamento das situações de hipossuficiência e hipervulnerabilidade dos consumidores (com a criminosamente destruída *classe média*) que atrai exponencialmente e faz despertar criminosamente o abjeto fenómeno das fraudes que sobre eles se abate: recrudescem as situações de artifícios, sugestões e embustes com reflexos na magra bolsa das vítimas do costume: pirâmides financeiras, produtos explorados em esquemas multinível, complexos produtos de férias, serviços de audiotexto, serviços de valor acrescentado em suporte telefónico, pretensos passatempos das televisões (públicas e privadas) para públicos-alvo economicamente débeis, à margem de princípios éticos e deontológicos elementares... que se denegam e olímpicamente se proscovem

3.14. Explosão das insolvências de particulares, de forma inusitada e em contraponto com o que até então se registara. *Et pour cause...*

3.15. O assédio e a influência indevida em produtos financeiros para que são atraídos os consumidores (o caso dos cheques de Natal não encomendados nem solicitados e que não constituem o resultado de quaisquer contratos de serviços financeiros validamente celebrados...), sem a necessária repressão dos pretensos “dadores” de crédito por reguladores distraídos e distantes

3.16. Agravamento das condições de acesso aos serviços financeiros, com comissões exacerbadas e injustificadas, incontroladas e incontroláveis, jamais reprimidas

3.17. O sucesso fácil das sociedades financeiras à custa dos incautos e dos consumidores economicamente débeis, pecúlio nada desprezível ante o risco do negócio em condições de aparente normalidade

3.18. A captura dos reguladores pelos regulados e o que daí emerge em termos de desregulação, de arbitrariedades, de prepotências e iniquidades... que se abatem inexoravelmente sobre os cidadãos-consumidores.”

Quando países menos consistentes “mandam às urtigas” (passe, por grosseira, a expressão...) as tão necessárias políticas de consumidores, o quadro que se nos oferece, então, no desvario a que se assiste é o de que “*o pobre do consumidor se sente só, no mato e sem cachorro*”, como sói dizer-se.

Avaros tempos estes em que os princípios se menosprezam e se aviltam [a teoria dos direitos adquiridos (*jura quaesita*), que séculos de construção jurídica sedimentaram, acaba por ruir perante grotescos atos de poder que aprisionam o direito e o condenam às galés, se não mesmo ao degredo em paragens inóspitas... sem vislumbre de retorno] e os valores se esboroam como se de “construções na areia” se tratasse!

As ameaças que pairam sobre países até então subtraídos às intempéries geradas por crises pronunciadas, como a que nem sequer ainda nos abandonou, na Europa, poderão vir a propiciar que seus próceres se socorram das receitas indigestas moldadas em experiências falhas em que à austeridade se soma austeridade e a condição humana, por desvaliosa, se denegue num retorno a épocas que supúnhamos de todo ultrapassadas...

Que as lições colhidas em casa dos vizinhos, cujas altas labaredas se anteveem de difícil extinção, nos coajam a “pôr as barbas de molho”... para evitar que as tragédias nos visitem e nos antecipem um qualquer processo incineratório que, em regra, surge quando se exala o último suspiro!”

Granada, XII Encontro Internacional de Juristas, finais de janeiro de 2015.

Mário Frota

Presidente do Conselho de Direção

BANCOS DE DADOS
NEGATIVOS DE
CONSUMIDORES:
ABUSOS COMETIDOS POR SEUS
GESTORES E FORNECEDORES¹

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO^{2*}
Advogado

RESUMO

Entre as chamadas práticas comerciais tratadas pelo código brasileiro de proteção ao consumidor figuram os bancos de dados e cadastros de consumidores como uma das suas preocupações principais com vistas a evitar os abusos praticados por seus gestores e fornecedores de produtos e serviços em face dos consumidores, ainda que inadimplentes. É essas preocupações se iniciam com a própria inscrição e manutenção do nome do consumidor-devedor nesses bancos, em razão do que fica quase que totalmente impedido de adquirir bens ou contratar serviços quando a concessão de crédito está envolvida. Nossa discussão central neste trabalho será, em decorrência de abusos nessa atividade, a chamada negativação indevida e abusiva dos nomes dos consumidores, quando, por exemplo, não se trata propriamente de inadimplemento quanto a pagamentos devidos, mas de discussão, inclusive, no âmbito judicial, acerca da própria legitimidade do que lhes é cobrado. Assim, existe uma lei brasileira, a 9.492, de 1997, que veda expressamente que os nomes de consumidores considerados inadimplentes sejam inscritos em cadastros de devedores pura e simplesmente por informações prestadas pelos próprios credores, fornecedores de produtos e serviços, exigindo que tal se dê, apenas, quando houver informação fidedigna dos protestos lavrados formalmente pelos respectivos tabelionatos. Essa lei, todavia, tem sido solenemente ignorada pelos operadores de direito em geral e, inclusive, pelas próprias entidades de defesa e proteção dos consumidores. Embora a jurisprudência se tenha encaminhado para uma solução intermediária – ao menos suspendendo a negativação quando houver litígio em andamento entre consumidor e fornecedor –, não é ela pacífica, senão controversa, conforme procuraremos demonstrar.

* Outras qualificações do autor

Consultor jurídico, membro da Academia Paulista de Direito e da Comissão Geral de Ética do Governo do Estado de S. Paulo (Brasil). Professor especialista, por notório saber, pela Faculdade de Direito da USP, em Direito do Consumidor e coautor do anteprojeto do vigente Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

1. Tentativas para coibir os abusos praticados por fornecedores e bancos de dados de devedores

1.1. Ação civil pública paradigmática. Em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal perante o Juízo da 20ª Vara Cível Federal em S. Paulo em face da Serasa – Centralização de Serviços dos Bancos S.A., que mantém o mais organizado e temido banco de dados do país e do Banco Central do Brasil (Processo 2001.61.00.032263-0), foi proferida decisão, em 23 de abril de 2002, à guisa de tutela antecipada, nos seguintes termos:

a) *“a Ré SERASA seja obrigada a exigir dos seus clientes, antes de qualquer ação, documento formal que ateste a existência aparente da dívida ou informação positiva a ser divulgada através do CRÉDIT BUREAU SERASA, ou banco cadastral de mesma natureza, ainda que com outro nome;*

b) *os consumidores passem a ser informados pela SERASA, através de carta registrada de mão própria com aviso de recebimento, aguardando-se o prazo mínimo de 15 (quinze) dias, após a notificação, para que o eventual lançamento naquele cadastro seja realizado³;*

c) *seja inserido, no conteúdo da carta registrada, esclarecimento sobre a possibilidade de o consumidor entrar em contato diretamente com a SERASA de modo a comprovar a existência de erro ou inexatidão na informação;*

d) *a Ré SERASA seja compelida a remeter carta registrada de mão própria com aviso de recebimento a todos os consumidores cujos nomes encontram-se de modo ilegal no banco de dados CREDIT BUREAU SERASA e CREDIT BUREAU SCORING, ou outro banco de dados da mesma natureza, dando ciência sobre a forma e o conteúdo das anotações ali existentes, bem como quanto à possibilidade de suspensão do lançamento mediante comunicação, à SERASA, da existência de erro ou inexatidão na informação;*

e) *em havendo comprovação do consumidor, diretamente à SERASA, da existência de erro ou inexatidão sobre o fato informado, seja a Ré obrigada a retirar, independentemente de manifestação dos credores ou informantes, os dados cadastrais indevidos. Considerando que a SERASA tem sede em São Paulo – Capital, mas oferece os seus serviços em todo o País, impõe-se a aplicação da presente decisão em todo território nacional, não obstante a regra contida no artigo 16 da Lei 7.347/85, com as alterações ocorridas posteriormente.”*

Em sua decisão, a juíza de direito federal Giselle de Amaro e França assevera que, embora caiba às chamadas *instituições participantes* do sistema

de informações cadastrais *responsabilidade pela veracidade das mesmas* acerca dos consumidores, *bem como a obrigação de obter autorização destes para que se proceda a tal envio*, e, destarte, a Serasa procure eximir-se de qualquer responsabilidade, não seria crível que, como órgão responsável, em sua essência, pelo cadastro das informações financeiras dos consumidores, não tenha conhecimento sobre a veracidade das informações que abriga.

E acentua:

“Como cumprir a regra inscrita no § 1º do artigo 43⁴ do Código de Defesa do Consumidor, que exige que os cadastros e dados devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, se as informações ali inscritas não são previamente checadas? Sim, é certo que existem regras na legislação que permitem a punição das instituições participantes que enviarem dados incorretos ao cadastro. Inclusive, o próprio contrato firmado entre as partes exige a SERASA de qualquer responsabilidade. Mas não se pode concluir, daí, que a SERASA não tem qualquer responsabilidade. A uma porque, nos termos do § 4º do artigo 43 da Lei 8.078/90, é considerada entidade de caráter público, sujeita, pois, à regra inscrita no artigo 37, § 6º da Constituição Federal⁵, sendo responsável, assim, pelo serviço prestado, vale dizer, se permitir a veiculação de informação falsa, pode ser acionada. A duas porque, não obstante o contrato firmado entre as partes estipule, expressamente, que compete à instituição participante obter autorização expressa, por escrito, do consumidor, para o repasse de dados à SERASA, quando as informações são enviadas, não é exigida, ao que consta, qualquer comprovação de que dita autorização foi efetivamente dada. E não basta, para tanto, que as instituições participantes forneçam à SERASA a autorização. É que, na maior parte das vezes, senão em sua totalidade, as autorizações são assinadas pelos consumidores sem que eles tenham conhecimento do seu significado⁶. Elas são incluídas entre as inúmeras demais cláusulas e acompanham o ‘pacote’ oferecido. Vislumbro, neste ponto, violação a direito básico do consumidor, que é o direito à informação clara sobre o serviço prestado e à proibição de cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços (Lei 8.078/90, artigo 6º, III e IV). Poder-se-ia alegar que algumas empresas esclarecem os consumidores do seu conteúdo, mas deve imperar, aqui, a regra inscrita no inciso VIII do artigo 6º da Lei 8.078, sendo facilitada a defesa dos seus direitos, face à hipossuficiência. Entendo ainda que o fato de a SERASA possibilitar, gratuitamente, que as pessoas compareçam aos seus postos e solicitem baixa ou retificação de informação, não afasta as ilegalidades verificadas. É que o que se pretende, aqui, é que o consumidor tenha conhecimento prévio e claro acerca das informações positivas que serão

enviadas à SERASA e que tenha possibilidade, por qualquer que seja o motivo, de manifestar a sua discordância, em momento diverso ao da compra. Ora. Se o consumidor, ao adquirir um produto ou serviço, insurgir-se contra o envio de dados, acerca daquela operação, à SERASA, possivelmente será visto de forma 'suspeita', sendo até impossibilitado de efetivar a compra, pois pode haver a presunção de que há alguma coisa a temer. Importante, então, que a autorização seja confirmada pela SERASA.”

E destacamos da referida decisão, ainda, o seguinte: “Por fim, em que pese a Lei 8.078/90 não exigir, de forma expressa, a forma a ser utilizada para a comunicação, ao consumidor, da abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, tenho que a forma sugerida pelo MPF – envio de carta registrada de mão própria com aviso de recebimento – atende aos reclamos do legislador e merece acolhida”.

1.2. Ação coletiva. Referida demanda, todavia, não encerra novidade.

Com efeito, a Promotoria de Justiça do Consumidor de São Paulo, Capital, nos idos de 1996, já intentara feito semelhante ao ora noticiado (Processo 2.472/96 – 2ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital), cujo desfecho, em primeira instância, foi o seguinte (fls. 436/456 dos respectivos autos):

“Em harmonia com o exposto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a ação, para condenar a ré ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em comunicar, por escrito, aos consumidores a abertura de cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo em nome deles, inclusive aos que já constam de seus bancos de dados, como exige o artigo 43, § 2º, da Lei 8078/90, bem ainda que se abstenha de divulgar a quaisquer interessados os registros desses consumidores até a concretização da pré-citada comunicação, por carta, fax telegrama, ou edital, ou pessoalmente, sob pena do pagamento de multa de R\$ 5.000,00, para cada comunicação escrita que não for realizada ou para cada divulgação efetuada sem comunicação escrita ao consumidor, sendo ainda cumulativamente condenada ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em excluir dos seus bancos de dados ou cadastros de quaisquer espécies os nomes de consumidores cujos endereços sejam desconhecidos, e a obrigação de não fazer consistente em se abster de inserir desses mesmos cadastros e registros os nomes de consumidores cujos endereços ela não retém, também sob pena de pagamento de multa de R\$ 5.000,00, para cada nome que deixar de ser excluído ou for incluído nos arquivos de consumo da ré em descumprimento às obrigações a que se refere o presente

pedido, tudo no prazo de 30 dias, que reputo adequado para a implementação de técnicas administrativas que possibilitem o cumprimento desse comando. As eventuais multas a serem arrecadadas em caso de descumprimento dessa ordem reverterão para fundo de reparação de interesses difusos lesados, abrindo-se conta bancária para tanto, oportunamente. A ré arcará ainda com as custas e despesas pelo processo. O cumprimento desta decisão será fiscalizada por Oficiais de Justiça e auxiliares técnicos a serem indicados e nomeados por este Juízo, na fase de execução de sentença. P.R.I., São Paulo, 3 de março de 1997 – Ass. FERNANDO SEBASTIÃO GOMES – Juiz de Direito” (Doc. nº 4).

1.3. Termo de compromisso de ajustamento de conduta. Ainda no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, em 10 de abril de 1997, a Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital firmou termo de compromisso de ajustamento com a Associação Comercial de São Paulo, mediante o qual essa entidade, em última análise, obrigou-se a comunicar a existência de apontamentos de inadimplência aos interessados, apenas não se tendo exigido que referida comunicação se faça mediante carta com aviso de recebimento, mas simplesmente mediante carta, a saber:

(Ficha R nº 147/97 – CENACON)⁷
Procedimento nº 148/96 – PJC da Capital

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO Nº 009/97

Aos 10 de abril de 1997, às 15:00 horas, na sede da Promotoria de Justiça do Consumidor, onde se achava a representante do Ministério Público Dr^a. Parisina Lopes Zeigler, compareceu **ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO**, sociedade civil com sede nesta Capital, na Rua Boa Vista, 51, inscrita no CGC/MF sob o nº 60.524.550/0001-31, ora representada por Dr. José Carlos Pinto dos Santos, qualificado no instrumento de procuração de fls. 48 dos autos do Procedimento nº 148/96, assistido pelo advogado Dr. João Baptista Morello Netto, conforme instrumento de mandato de fls. 11, tendo em vista os fatos tratados nos autos antes referidos, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei Federal 7.347, de 24 de julho de 1985, assumindo, mediante compromisso de ajustamento à lei, as seguintes obrigações:

1. obriga-se a comunicar ao consumidor, previamente, por via postal, a partir do dia 05 de agosto de 1997, a inclusão de seu nome no Banco

de Dados do Serviço Central de Proteção ao Crédito – SCPC, consoante previsto no art. 43, parágrafo 2º, da Lei 8.078/90;

2. no período compreendido entre o dia 05 de maio de 1997 e a data estipulada no item “1” supra, obriga-se a exigir de suas associadas declaração no sentido de que as mesmas realizaram a comunicação prévia prevista no dispositivo legal supramencionado e no art. 11, parágrafo 2º, do Regulamento Nacional dos Serviços de Proteção ao Crédito, sob pena de não ser atendido o pedido de inscrição, no SCPC, do nome do responsável por débitos em atraso;

3. obriga-se, ainda, a suspender o registro do débito sempre que houver dúvida ou reclamação do consumidor, até que seja realizada a verificação das informações constantes do banco de Dados do Serviço Central de proteção ao Crédito – SCPC;

4. a partir de 05 de agosto de 1997, obriga-se a não divulgar, a qualquer interessado, o nome do consumidor registrado no banco de Dados do SCPC, enquanto não for feita a comunicação objeto do item “1” supra;

5. a compromissária incidirá no pagamento de multa no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada infração às obrigações assumidas nos itens “1”, “2”, “3” e “4” supra;

6. a multa referida no item “5” supra será monetariamente corrigida até a data de seu efetivo recolhimento, de acordo com o índice utilizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para correção dos débitos judiciais;

7. a multa fixada no item “5” supra reverterá ao Fundo de Despesa e Reparação dos Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei Federal 7.347/85;

8. o presente acordo produzirá efeitos legais depois de homologação pelo E. Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do art. 112, parágrafo único, da Lei Complementar 734, de 26 de novembro de 1993.

Em seguida, pela Dr^a. PARISINA LOPES ZEIGLER, foi determinado que, devidamente consertados, tornassem os autos conclusos para ulteriores deliberações. NADA MAIS. Lido e achado conforme, vai o presente termo de compromisso assinado pela Dr^a. Promotora de Justiça, pelo representante da compromissária, pelas testemunhas Maria Carla Mejuto, RG nº 19.864.965 e Lucília Alves Leão, RG. nº 16.194.354-8) – (seguem as assinaturas dos participantes e testemunhas do ato)

2. Continuidade dos abusos

2.1. Implicações de ordem criminal. Apesar dessas meritórias e oportunas medidas adotadas, e com a devida vênia, não serão ainda capazes de deter abusos, como o adiante relatado, no âmbito penal, e outros já apreciados pelos tribunais estaduais e superiores, no que tange a indenizações por danos morais aos consumidores em geral, cujos nomes foram “negativados” pela ora representada e outros bancos de dados privados.

Com efeito, apenas à guisa de exemplificação, dispõe o art. 71 do Código de Defesa do Consumidor, constituir crime contra as relações de consumo: “Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa”.

CASO CONCRETO: Na Apelação Criminal 984.621/5, originária da Comarca de Iguape, a 6ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo manteve condenação de um corretor de imóveis e dois diretores do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) que negativaram o nome de uma senhora viúva porque teria ficado a dever a comissão pela venda de uma casa, procedimento de que resultou o cancelamento de contas bancárias e outras dificuldades na obtenção de crédito, e ademais constituiu forma de pressão na cobrança indevida de comissão de corretagem.

TRECHO RELEVANTE DO ACÓRDÃO: “A conduta do réu A configurou modalidade clara de cobrança indevida e tendente a produzir contrariedade e constrangimento moral na suposta devedora. Pretendendo-se com direito a dela receber comissão pela intermediação promovida em transação imobiliária e vendo sua pretensão resistida pela suposta vendedora, deveria fazer como se faz em toda e qualquer nação civilizada do mundo: recorrer ao Judiciário para se ver ressarcido. Ao invés de fazer isso, limitou-se a fazer uma notificação extrajudicial e, sem dúvida prevalecendo-se da sua condição de membro da Associação Comercial, da qual acabou por ser eleito presidente durante o desenrolar dos fatos, tentou receber o seu crédito constrangendo T com a ameaça de incluir seu nome no SPC. Observe-se que já na notificação de fls. 108 A

ameaçava T de, não sendo pago, promover a inscrição de seu nome no Serviço de Proteção ao Crédito. Ora, se o tal crédito decorria de serviços de corretagem negados pelas partes envolvidas na transação (comprador e vendedora negaram a intermediação, como se pode ver a fls. 96 e 97) não se poderia pura e simplesmente exigir seu pagamento através de ameaça de, não pagando, ter seu crédito cortado em todo o país, por intermédio do SPC local. Não se pode equiparar coisas e situações diferentes. Nenhum dano, nenhum constrangimento pratica o credor que, exibindo um documento hábil, requer o registro do não pagamento no SPC. Trata-se aí de um puro e simples exercício regular de direito. Coisa muito diferente é aquela situação, semelhante à dos autos, em que o crédito é questionável ou até mesmo negado pelo suposto devedor e em que a inscrição no SPC passa a ser brandida como uma arma contra o devedor, para obrigá-lo a pagar dívida que não reconhece (...) Não se pode tratar da honra e dignidade alheias com tanta superficialidade como se sustenta nas razões de recurso, onde se afirma que basta uma simples ficha, desacompanhada de qualquer documento, para que seja incluído o nome ali indicado no cadastro de maus pagadores. Não se pode tratar e, segundo a leitura daquele documento demonstra, não se trata. A 'negativação', segundo se observa a fls. 81/87 é precedida de cuidados que deixem indubitosa a existência do crédito e da inadimplência, havendo inclusive a previsão de que possa o funcionário requisitar outros elementos de prova se houver dúvida a respeito da obrigação inadimplida. Ora, no caso, Ar e N desprezaram todo e qualquer cuidado e trataram de ir logo incluindo o nome de Terezinha no cadastro de inadimplentes, com o escopo único de atender à solicitação de Ari, que usava o SPC como instrumento de cobrança. Não pode haver dúvida de que o requerimento deva ser acompanhado de documento hábil e se o SPC vem fazendo inscrições desacompanhadas de tais documentos, sem dúvida concorre para que credores usem o serviço para cobrança irregular de suas obrigações, numa clara afronta e num profundo desprezo pelas modernas relações com o consumidor, de que é exemplo profícuo o Código de Defesa do Consumidor ora em questão”⁸.

2.2. Decisões de tribunais estaduais e do STJ. Acórdãos mais antigos do Superior Tribunal de Justiça, como os dos Recursos Especiais 313.586-RJ, 296.555-PB, 404.778, 285.401-SP e 22.337-8-RS, por exemplo, igualmente dão conta dos abusos que têm sido praticados por

bancos de dados privados, como a SERASA, causando prejuízos irreparáveis aos cidadãos-consumidores em geral, por exemplo, e *ad argumentandum*:

a) “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CANCELAMENTO TEMPORÁRIO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO NO SERASA. DANO MORAL. FIXAÇÃO. ACÓRDÃO QUE MANTÉM A SENTENÇA, AFIRMANDO, CONCOMITANTEMENTE, A INEXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. IMPROPREIDADE QUE NÃO COMPROMETEU O EXAME DO MÉRITO OU A VALIDADE DO JULGAMENTO” (Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JR., j. de 12.3.2002, 4ª Turma, DJU de 20.5.2002, p. 148);

b) “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUES. INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE CRÉDITO. DANO MORAL. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO CONFIGURADO. VALOR DO RESSARCIMENTO. FIXAÇÃO” (Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JR., j. de 20.5.2002, 4ª Turma, DJU de 20.5.2002, p. 147).

c) “RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. SPC. CPF. DOCUMENTO FALSO. ESTELIONATO. A EMPRESA VENDEDORA (PF) QUE LEVOU AO SPC O NÚMERO DO AUTOR, USADO PELO ESTELIONATÁRIO NO DOCUMENTO FALSO COM QUE OBTVEU FINANCIAMENTO CONCEDIDO PELA VENDEDORA, DEVE INDENIZAR O DANO MORAL QUE DECORRE DO REGISTRO” (Recurso Especial 404.778, STJ – extraído do *site* do Centro de Apoio das Promotorias Cíveis do Estado de S. Paulo).

d) “A EXISTÊNCIA DO PROTESTO É UM FATO ATRIBUÍVEL A QUEM LEVOU O TÍTULO AO CARTÓRIO. A IRREGULARIDADE DO SEU LANÇAMENTO DEVE SER ATRIBUÍDA AO OFICIAL. A CRIAÇÃO DO TÍTULO SEM CAUSA, AO SEU EMITENTE. MAS A RESPONSABILIDADE PELA INSCRIÇÃO DESSE FATO NO CADASTRO DE TRATAMENTO DE DADOS É DO CADASTRADOR. NO CASO, DA SERASA, QUE DEIXOU DE FAZER A COMUNICAÇÃO QUE A LEI DETERMINA (ART. 43 do CDC). Referido acórdão teve como relator o Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, tendo sido seu voto no seguinte sentido:

“O recurso versa sobre o procedimento a ser adotado por banco de dados quando da inscrição do nome do devedor. No caso dos autos, o protesto de uma duplicata na praça do Rio de Janeiro foi inscrito nos arquivos da SERASA, sem a comunicação do registro. A autora tinha o direito de ser informada da inscrição da entidade administradora do cadastro, pois, desconhecendo a existência do registro negativo, a pessoa sequer tem condições de defender-se contra os males, inúmeros e graves, que daí decorrem, e de pedir seu cancelamento ou retificação. A existência do protesto é um fato atribuível a quem levou o título ao cartório; a irregularidade do seu lançamento deve ser atribuída ao Oficial; a criação do título sem causa, ao seu emitente; mas a responsabilidade pela inscrição desse fato no cadastro de tratamento de dados é do cadastrador. No caso, da SERASA, que deixou de fazer a comunicação que a lei determina (art. 43 do CDC). É certo que todo o registro efetuado por informação de terceiro acarreta também a responsabilidade deste pela inscrição indevida (credor, cobrador etc.), mas isso não afasta nem diminui a obrigação do cadastrador pelo que foi indevidamente registrado, nem o exime do dever de informar a pessoa de que se trata, preferentemente antes da prática do seu ato, mas sempre antes de qualquer efeito danoso ao titular dos dados. Se a informação é recolhida de publicação oficial, por iniciativa do administrador do banco de dados, mais se acentua a sua obrigação de comunicação. Esta Turma já examinou situações assemelhadas, cujos precedentes podem ser lembrados: ‘A comunicação do registro ao devedor é obrigação também do SPC, ainda que os seus estatutos imponham tal providência ao lojista. Recurso Especial. Inexistência de seus pressupostos. Recursos não conhecidos (Resp. nº 273.250-CE, 4ª Turma, de minha relatoria’. ‘De acordo com o artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, e com a doutrina, obrigatória é a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção de crédito, sendo, na sua ausência dessa comunicação, reparável o dano oriundo da inclusão indevida. É de todo recomendável, aliás, que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, como o ocorrido no caso. Assim agindo, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade’ (REsp nº 165.727-DF, 4ª Turma, relator o eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21.09.1998)’. O r. acórdão ponderou que o endereço constante do título não era o

da autora, pelo que de qualquer forma não surtiria efeito a providência. Ocorre que a Serasa obteve informação sobre a pessoa jurídica cujo nome estava registrando, tanto que informou a data de sua fundação, dado que não constava da cambial. Logo, se teve condições de conhecer tal detalhe, poderia também saber para onde endereçar a correspondência, que de qualquer forma não enviou. O dano moral decorre da existência do registro negativo, e pode atingir também a pessoa jurídica. Considerando as circunstâncias da causa, a falta de comprovação de maiores dificuldades além das normais que decorrem do lançamento sem a comunicação devida, fixo a indenização em valor equivalente a 20 salários mínimos, isto é, R\$ 4.000,00. Não aprecio a questão relacionada com a regularidade do protesto, por já cancelado, o que também implica a eliminação do registro nos arquivos da demandada. A ação cautelar era procedente, pois havia razão para deferir desde logo a suspensão dos efeitos do registro no cadastro da ré. Posto isso, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar procedentes as ações, manter em definitivo a liminar concedida na cautelar e condenar a ré a pagar à autora a quantia de R\$ 4.000,00, a título de indenização por dano moral. Custas pela ré, que pagará honorários de 15% ao patrono da autora. É o voto.”

e) “SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CANCELAMENTO DO REGISTRO. PRAZO (CINCO ANOS). O REGISTRO DE DADOS PESSOAIS NO SPC DEVE SER CANCELADO APÓS CINCO ANOS. ART. 43, § 1º, do CDC (Lei 8.078/90)” – 4ª Turma do STJ, *RSTJ* 77/205. Também do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar extraímos o seguinte: “1. A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permite o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos ou privados, na preservação ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento

de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso da vida humana praticados através da mídia eletrônica ou registrados nos disquetes de computador. Nos países mais adiantados, algumas providências já foram adotadas. Na Alemanha, por exemplo, a questão está posta no nível das garantias fundamentais, com o direito de autodeterminação informacional (o cidadão tem o direito de saber quem sabe o que sobre ele), além da instituição de órgãos independentes, à semelhança do *ombudsman*, com poderes para fiscalizar o registro de dados informatizados, pelos órgãos públicos e privados, para garantia dos limites permitidos na legislação (*in* Hassemer, *Proteção de Dados*, palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS, 22.11.93). No Brasil, a regra do art. 5º, X, da Constituição de 1988 é um avanço significativo: *'São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação'*. 2. O Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), instituído em diversas cidades pelas entidades de classe de comerciantes e lojistas, tem a finalidade de informar seus associados sobre a existência de débitos pendentes por comprador que pretenda obter novo financiamento. É evidente o benefício que dele decorre em favor da agilidade e da segurança das operações comerciais, assim como não se pode negar ao vendedor o direito de informar-se sobre o crédito do seu cliente na praça, e de repartir com os demais os dados que sobre ele dispõe. Essa atividade, porém, em razão da sua própria importância social e dos graves efeitos dela decorrentes – pois até para inscrição em concurso público tem sido exigida certidão negativa no SPC – deve ser exercida dentro dos limites que, permitindo a realização de sua finalidade, não se transforme em causa e ocasião de dano social maior do que o bem visado. Em primeiro lugar, é preciso admitir que tal registro somente deve ser feito com o prévio conhecimento do interessado, a fim de habilitá-lo a tomar as medidas cabíveis, fundadas na defesa que tiver, inclusive de inexistência do débito. Depois, impende considerar que tal registro não pode ser perpétuo. O nosso sistema jurídico não autoriza a indefinida permanência dos registros negativos nem para as sentenças criminais condenatórias, cujos efeitos desaparecem pelo simples efeito do tempo, daí a razão pela qual a Lei 8.078, de 11.9.90 (CDC), no seu art. 43, §

1º, veio dispor: *‘Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a 5 (cinco) anos’*. E já antes dele, a Súmula 11 do TJRS dispunha: *‘A inscrição do nome do devedor no SPC pode ser cancelada após o decurso do prazo de 3 (três) anos’*, a qual veio depois a ser alterada, estendendo o prazo para cinco anos. O registro do SPC, inscrito por iniciativa do credor que não exerce seu direito de crédito e se omite nas medidas judiciais cabíveis, força o devedor a saldar seu débito no balcão, onde lhe são comumente exigidas taxas e comissões abusivas, sem qualquer controle judicial, passando o banco de dados a servir como instrumento de cobrança, opressivo e não institucionalizado, com desvio de finalidade. O cancelamento do registro, decorrido o prazo de cinco anos, não afeta o direito de crédito do vendedor, que pode exercê-lo em juízo de acordo com a lei, ao mesmo tempo em que impede ao SPC (cuja ressonância ultrapassa a simples relação de créditos inadimplidos para se transformar em fato marcante na vida social) de desviar-se do fim a que está apostado. 3. No caso dos autos, o cancelamento dos registros feitos há mais de cinco anos, como ficou reconhecido no acórdão, está de acordo com a regra do art. 43, § 1º, do CDC. Tal decisão não fere o disposto no art. 177 do CC porque não atinge o direito material de ação do credor, que ele pode dispor na forma permitida pela legislação processual civil. Também não causa gravame ao enunciado no § 5º do art. 43 do CDC, pois essa norma deve ser interpretada em harmonia com o disposto no § 1º do mesmo artigo. Neste, específico para o caso e por isso prevalente, está previsto o cancelamento do registro negativo em banco de dados após o decurso de cinco anos e foi o que aconteceu.”

Também o extinto 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, pela sua 5ª Câmara de Férias, em julgamento de 27 de janeiro de 1999, na Apelação Cível 752.531-7, de Ribeirão Preto, tendo por relator o Juiz Joaquim Garcia, assim decidiu:

“DA AÇÃO DECLARATÓRIA OBJETIVANDO A EXCLUSÃO DO NOME DO BANCO DE DADOS DO SERASA – Decisão fundada na validade de sua inclusão nos cadastros face à existência de execução e de cautelares pendentes. Restrição financeira decorrente da emissão de cheques sem fundos. Desrespeito ao art. 43, § 2º, do CDC, que exige a prévia notificação antes do lançamento no cadastro. Viabilidade somente após a apreciação do Poder Judiciário transitada

em julgado. Instrumento de coação ao pagamento e inegável dano acarretado à imagem do cadastro. Recurso provido, invertidos os ônus da sucumbência”.

Veja-se, ainda, decisão da 22ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, no Processo 2001.001.134.095-3, em sede de medida cautelar de defesa do consumidor:

“Como se trata de pretensão liminar para exclusão do nome de cadastros restritivos de crédito enquanto na ação principal a ser proposta, justifica-se o pedido a anteceder a discussão sobre o alegado débito e nenhum prejuízo de ordem processual ou material acarretará à parte contrária que, ainda que seja afastada judicialmente a alegada inexigibilidade do débito (parte), preservará o direito de cobrança frente ao devedor. Assim sendo DEFIRO a liminar para exclusão do nome e CPF do requerente dos cadastros restritivos (SPC e SERASA) incluídos por ato do requerido pela alegada inadimplência de cartão de crédito. Oficie-se. Intime-se. Aguarde-se a propositura da ação principal no prazo legal.”

Do site do jornal “O Estado de São Paulo” de 18 de junho de 2007, igualmente, consta a notícia de que “Banco indenizará por registro indevido no Serasa”.

E do seu teor extrai-se o seguinte:

“Se houver registro indevido no cadastro de inadimplentes, o responsável deverá indenizar o consumidor, mesmo havendo outras inscrições em seu nome. Essa foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que condenou o Banco do Estado de Santa Catarina a ressarcir o engenheiro agrônomo Leopoldo Loeff Júnior por ter lançado seu nome na lista de inadimplentes após o pagamento da dívida que tinha com a instituição financeira. O STJ reformou uma decisão anterior do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC), que negava ao engenheiro o direito à indenização pelo envio indevido de seu nome ao Serasa, uma vez que ele possuía um longo histórico de outros registros de inadimplência. Agora, o processo será encaminhado ao TJ-SC para que o valor da indenização seja fixado. O engenheiro mantinha conta no Banco do Estado de Santa Catarina e utilizava o limite do cheque especial. Acumulou uma dívida por ter ultrapassado o limite de sua conta e, em junho de 1997, vendeu um imóvel rural de sua propriedade para pagá-la. O depósito no valor de R\$ 6,5 mil quitou seus débitos junto ao banco e a conta foi encerrada. Em julho de 1998, ao tentar abrir uma conta no Banco Real, foi avisado de que seu nome constava do cadastro de inadimplentes. Ou seja, mesmo depois da quitação do débito, o banco não retirou seu nome do Serasa, o que lhe causou constrangimento. Decidiu recorrer à Justiça. O STJ reconheceu o direito do engenheiro, uma vez que o registro de outros débitos no Serasa não descaracteriza seu direito à indenização, como defendia o TJ-SC.”

2.3. A Súmula 359 do STJ e decisões controvertidas. A Súmula 359 do STJ entende que “cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição”, fazendo referência aos diversos acórdãos proferidos por suas turmas⁹.

Não obstante seu enunciado, as decisões tanto do próprio STJ como dos tribunais estaduais têm sido controversas. Vejam-se alguns exemplos a seguir.

2.3.1. Ap. Cível 507.324-4/0-00 – TJSP – Relator Desembargador PAULO GRAVA BRAZIL

“Ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com reparação de danos com pedido de tutela antecipada – Procedência – Inconformismo – Acolhimento em parte – Apelantes que alegam ter adotado as providências e cautelas de praxe agindo em exercício regular de direito ao apontar débito nos cadastros de inadimplentes. – Admissão do apelado, em manifestação e acolhimento de excludente de ilicitude que afastam o dever de indenizar – Declaração de inexistência de relação com relação às apelantes – Recurso provido em parte”

Comentário: decisão a nosso ver equivocada. No momento em que o suposto devedor chama a atenção do alegado credor sobre a inexistência de débito – fato, aliás, bastante comum em *clonagem de cartões bancários e de crédito*, por negligência do próprio credor que não quer ou não tem condições de opor óbices a tais fraudes – não se pode aceitar a inclusão do suposto devedor em banco de dados de inadimplentes, fato que por si só lhe acarreta injustos prejuízos materiais (*i.e.*, impossibilidade de obter créditos ou mesmo emitir cheques), além de danos notoriamente morais (*i.e.*, ofensa à sua honra objetiva e subjetiva – pecha de *mau pagador*, aborrecimento e abatimento psicológico, além do ônus de ter de se defender em juízo).

2.3.2. Ap. Cível 713.774.05-00 – TJSP – Relator GRACIELLA SALZMAN

“Inexistência de débito cumulada com danos morais – Inscrição indevida do nome do cônjuge falecido no cadastro de proteção ao crédito – Inadmissibilidade – Cartão clonado – Falha do banco – Responsabilidade objetiva – Exercício regular de direito – Danos morais – Nexo de causalidade entre a conduta ilícita da apelada e resultado danoso configurado – Recurso provido”

Comentário: decisão que nos parece escoreita, exatamente pelos fundamentos acima expostos.

2.3.3. Ap. Cível 129.411.600-00 – TJSP 24ª Câmara de Direito Privado – Relator ROBERTO MAC CRACKEN

“INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – CARTÃO DE CRÉDITO CLONADO – INDEVIDA INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO ‘IN RE IPSA’ QUE NÃO NECESSITA DE PROVAS DA SUA OCORRÊNCIA – VALOR DA CONDENAÇÃO – MAJORAÇÃO – A ocorrência de clonagem de cartão de crédito, com a consequente inclusão do nome da consumidora em órgão de proteção ao crédito de forma indevida, configura o dano.”

Comentário: decisão em harmonia com os princípios do Código do Consumidor, sobretudo a responsabilidade objetiva do suposto credor em face do dano ou abalo moral sofrido pelo consumidor-cliente.

2.3.4. Ap. Cível 717.598.410-0 – TJSP – 19ª Câmara de Dir. Privado – Relator PAULO HATANAKA

“... de 2006, através de evidente e notória clonagem dos cartões de crédito/débito, ocorrendo o saque de valores em saldo d conta corrente dos autores – Má prestação dos serviços bancários – Inteligência do disposto no artigo 14 caput, do CDC – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeito (...)”

Comentário: esta decisão também atendeu aos princípios do CDC.

2.3.5. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 2006/0064580-0 – STJ – Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES – 4ª Turma

“CIVIL. INSCRIÇÃO. SERASA. TUTELA ANTECIPADA. SÚMULA 7/STJ.

1. A inscrição de nome de devedores em cadastro da SERASA e afins não se erige como automático direito, puro e simples, da instituição financeira, mas se submete a requisitos, conforme pacificado pela 2ª Seção desta Corte.

2. Tutela antecipada e seus requisitos são imunes ao crivo do especial, ut súpula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.”

Comentário: essa decisão é fiel à Súmula 359 e de acordo com o nosso entendimento.

2.3.6. Em sentido contrário, entretanto, veja-se acórdão proferido há bem pouco tempo no âmbito da 4ª Turma do STJ, tendo por relator o Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, cuja ementa segue abaixo:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR DOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. *A conclusão a que chegou o Tribunal de origem, acerca da ausência dos requisitos autorizadores para concessão da antecipação da tutela, decorreu de convicção formada em face dos elementos fáticos existentes nos autos. Rever os fundamentos do acórdão recorrido importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal (Súmula 7/STJ).*

2. *Pacífico o entendimento desta Corte no sentido de a simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstaculizar ou remover a negativação do devedor nos bancos de dados, a qual depende da presença concomitante dos seguintes requisitos: a) ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) efetiva demonstração de que a pretensão se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada no STF ou do STJ e c) depósito da parcela incontroversa ou prestação de caução idônea. (REsp n. 1.061.530, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2008). Na espécie, tais requisitos não foram atendidos. Incidência da Súmula 83/STJ.*

3. *Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.*¹⁰

2.3.7. Mais recentemente, ainda, outra decisão contrária ao entendimento aqui esposado sobreveio tendo como relator o mesmo ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, no qual, após tratarem da legitimidade do órgão especial do Ministério Público promovente de ação civil pública que tratou exatamente da negativação precoce e sem maiores cuidados dos nomes de devedores junto a bancos de dados, decidiu pela desnecessidade dessas mesmas formalidades, contrariando, inclusive, a própria Súmula 359 do referido Superior Tribunal de Justiça, bem como termos de compromisso de ajustamento de conduta firmados por alguns bancos de dados e a ação civil pública citada no início deste trabalho.

Referida Súmula 359 foi, na verdade, implicitamente revogada pela de nº 404, cujo teor é o seguinte, contrariando, repita-se, por força de argumentação, todas as conquistas até então obtidas pelos consumidores junto aos diversos órgãos do judiciário: “É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros”. Se não, vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. BANCO DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERESSE PROCESSUAL. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. DESNECESSIDADE DE DOCUMENTO FORMAL PARA ATESTAR A DÍVIDA A SER INSCRITA

NOS BANCOS DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. AVISO DE RECEBIMENTO DISPENSADO. DESPICIENDA A NOTIFICAÇÃO RELATIVA A INFORMAÇÕES CONSTANTES EM BANCOS DE DADOS PÚBLICOS. NECESSÁRIA A INFORMAÇÕES CONSTANTES EM BANCOS DE DADOS PÚBLICOS. NECESSÁRIA A NOTIFICAÇÃO DE NEGATIVAÇÃO DERIVADA DE INFORMAÇÕES CONSTANTES DO CCF

1. *A multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil exige, para sua imposição, que os embargos de declaração tenham caráter manifestamente protelatório, o que não o caso em julgamento. Incidência da Súmula 98 do STJ.*

2. *O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando na presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado.*

3. *O interesse de agir do Ministério Público é presumido pela própria norma que lhe impõe a atribuição. Quando a lei lhe confere legitimidade para acionar ou intervir, é porque lhe presume o interesse (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 391).*

4. *Em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, não tendo a parte contrária vislumbrado prejuízo na falta de sua intimação, e, tendo o Tribunal de Justiça de origem concluído de forma fundamentada que os documentos acostados não foram decisivos para o julgamento da ação, não há falar em nulidade.*

5. *Aos bancos de dados e cadastros de inadimplentes cabem apenas as anotações das informações passadas pelos credores, não sendo de suas alçadas a confirmação por meio de documento formal dos dados fornecedores.*

6. *A Segunda Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp 1.083.291-RS, representativo de controvérsia repetitiva (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que para a notificação ao consumidor da inscrição de seu nome em cadastro restritivo de crédito basta o envio de correspondência dirigida ao endereço do devedor, sendo desnecessário aviso de recebimento. Incidência da Súmula 404 do STJ.*

7. *Restrições ao crédito derivadas de informações constantes em bancos de dados públicos, como os pertencentes a cartórios de protesto de títulos e de*

Transformaram-se os bancos de dados em verdadeiros cartórios de protestos paralelos e não oficiais, e sem as formalidades a eles impostas por lei

distribuição judicial, por serem de notoriedade pública, afastam o dever de notificação por parte do órgão de proteção ao crédito.

8. *O cadastro de emitentes de cheques sem fundo mantido pelo Banco Central é de consulta restrita, não podendo ser equiparado a dados públicos, remanescendo o dever de notificação por parte da Serasa em caso de negativação derivada de tais informações.*

9. *A simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstaculizar ou remover a negativação do devedor dos bancos de dados, a qual depende da presença concomitante dos seguintes requisitos: a) ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) efetiva demonstração de que a pretensão funda-se na aparência do bom direito; e c) depósito ou prestação de caução idônea do valor referente à parcela incontroversa para o caso de a contestação ser apenas de parte do débito (REsp 114.8179-MG, rela. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013).*

10. *Esta Corte vem exercendo o controle das astreintes quando exorbitam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, embora se reconheça as obrigações de fazer e não fazer aqui mantidas, a imposição de multa diária por qualquer descumprimento deve ser fixada ao prudente e razoável arbítrio do juiz da execução. Vencido o relator neste ponto.*

11. *Recurso especial a que se dá parcial provimento.*^{11,12}

3. Das medidas administrativas e legislativas adotadas no passado e recentemente no âmbito dos protestos de títulos e documentos

3.1. Provimento 01/73 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de S. Paulo. Conforme nos dá conta o Provimento 01/73¹³ da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, a partir de sua edição passou-se a proibir a publicação dos protestos de títulos e outros documentos em jornais, o que era até então permitido. Em compensação, entretanto, permitiu que os cartórios de protesto, em procedimento sigiloso, repassasse a efetivação dos protestos às entidades privadas que mantêm cadastros próprios.

Com efeito:

“O Desembargador José Carlos Ferreira de Oliveira, Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais,

Considerando a necessidade de melhor disciplinar o fornecimento de relações diárias dos títulos protestados a terceiros interessados e à publicação das mesmas pela imprensa, bem como o decidido no Processo C.G. nº 37.717-7,

Resolve:

Artigo 1º – Somente depois de efetivado o protesto e em cada caso, poderão ser fornecidas certidões ou informações a terceiros estranhos aos títulos levados aos Cartórios de Protestos de Títulos.

Artigo 2º – Tratando-se de solicitação da Associação Comercial ou da Associação dos Bancos do Estado os Cartórios continuarão a lhes fornecer uma relação diária dos protestos já tirados com a nota de se cuidar de informação reservada, vedada sua publicação pela imprensa, mesmo parcialmente.¹⁴

Parágrafo 1º – A obrigação prevista neste artigo será suspensa se o seu caráter sigiloso for desatendido.

Parágrafo 2º – Da referida relação constarão as declarações eventualmente prestadas no Cartório pelos interessados, desde que sejam diretamente vinculados nos títulos levados a protestos.

Artigo 3º – Revogam-se as disposições em contrário, continuando em vigor o mais que se contém no Provimento nº 10-70. Publiquem-se, registre-se e cumpra-se. São Paulo, 18 de janeiro de 1973. José Carlos Ferreira de Oliveira – Corregedor Geral da Justiça”.

3.2. Procedimento dos cartórios de protestos. As referidas entidades, embora continuem a obter os dados dos cartórios de protestos de títulos e documentos, continuaram também com seu cadastro próprio, a partir de informes encaminhados por seus filiados, além das informações colhidas junto aos referidos cartórios de protesto.

Não se pode negar nem a existência legítima dessas entidades, nem sua utilidade para a efetividade e segurança dos negócios efetuados por seus filiados. Referidos serviços, outrossim, têm sido bastante ampliados e sofisticados, mediante uma formidável rede de inteligência eletrônica, viabilizando consultas e informações de cunho eminentemente comercial e em fração de segundos, inclusive o acompanhamento de todas as ações de cobrança e execuções.

4. Da legitimidade dos bancos de dados

4.1. Origens. Ao discorrer sobre a evolução histórica e organização dos bancos de dados brasileiros, Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin¹⁵ assinalada:

“No Brasil, os arquivos de consumo, embora fenômeno recente, evoluíram e cresceram rapidamente. Não faz muito tempo que o Brasil entrou, de modo massificado (o que não inclui a anotação na velha ‘caderneta’), na fase das vendas a prazo. Nos primórdios da popularização dos negócios de consumo e crédito – década de 50 e primeira metade da de 60 – não era nada simples, para o fornecedor e para o consumidor, o generalizado parcelamento do preço de produtos e serviços de consumo. Ao contrário, o procedimento mostrava-se demorado, oneroso e de difícil manuseio, como narra Bertram Antônio Stürmer, em detalhado estudo sobre o tema e as experiências pioneiras de crediário na cidade de Porto Alegre, nomeadamente da Casa Masson e das Lojas Renner. A embrionária técnica mercadológica do pagamento parcelado exigia de cada empresa a organização e manutenção de toda uma estrutura própria destinada a viabilizar o financiamento em condições mínimas de segurança para o credor. O candidato ao crédito precisava preencher minucioso cadastro, não só com seus dados pessoais, mas indicando ainda os locais onde habitualmente adquiria produtos e serviços, como o armazém, a alfaiataria e, em especial, outros estabelecimentos onde já comprara a prazo. Crucial em especial, outros estabelecimentos onde já comprara a prazo. Crucial nesse modelo primitivo de concessão massificada de crédito era a contratação pelas empresas de funcionários especializados, chamados informantes, com a exclusiva função de verificar, diária e pessoalmente, as referências que o candidato ao crédito apresentar (...) Ainda segundo Stürmer, foi em Porto Alegre que surgiu o primeiro SPC do Brasil, desdobramento natural da larga aceitação popular do emergente crediário, assim como das dificuldades de operação e insegurança das informações arquivadas, de forma isolada, por cada empresa que operasse com crediário. Assim, nos anos 50, 27 empresários da cidade, em reunião realizada na Associação Comercial, fundaram, como associação civil sem fins lucrativos, o Serviço de Proteção ao Crédito – SPC, com ata de criação lavrada no dia 22 de julho de 1955. Logo em seguida, São Paulo criava o segundo SPC do País e já em 1962 era realizado em Belo Horizonte o 1º Seminário Nacional de SPCs.”

4.2. Configuração constitucional. A própria Constituição Federal, não obstante tenha, como já visto linhas atrás, previsto dentre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º) o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem (inc. V do mencionado art. 5º), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem das pessoas, assegurando até mesmo o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inc. X do referido dispositivo), ou então que é assegurado a todos o acesso à informação

e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (inc. XIV do mesmo art. 5º), acabou por institucionalizar os referidos bancos de dados, os quais, como visto, não passavam, alguns anos atrás, de meros auxiliares dos comerciantes no lido com sua clientela e fornecedores.

Assim, consta do mesmo disposto constitucional retroinvocado, mais particularmente em seu inciso LXXII, a criação da garantia denominada *habeas data* que, ao lado do mandado de segurança, do *habeas corpus*, individual e coletivo, além do mandado de injunção, serve para tornar efetivos os direitos individuais e coletivos materialmente aí previstos.

Ora, ao disciplinar esse novo remédio constitucional, ou *writ*, na nomenclatura anglo-americana, dispôs o inciso LXXII, com efeito, que ele é cabível: a) “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais OU DE CARÁTER PÚBLICO”¹⁶. E na alínea “b”, dispôs que “*para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo*”.

Desta forma, não se pode negar que referidos bancos, ainda que não pertencentes a órgãos governamentais, como, por exemplo, que exercem o poder de tributação de empresas e cidadãos, existem, de direito, embora de cunho privado, mas assemelhados aos de natureza pública, porquanto sua atividade é reconhecida como tendo *caráter público*.

4.3. Fluxo de informações fornecedores <=> bancos de dados. Hoje, como já visto em tópico anterior, tal é o poderio desses bancos de dados que qualquer informação a eles repassada por um seu afiliado, como por exemplo, um simples atraso por dias no pagamento de uma prestação ou parcela de financiamento, contas de telefone, ou até de mensalidades de escolas particulares, cursos livres, ou qualquer outro tipo de atividade de consumo de bens e serviços, faz surgir o risco e a ameaça, muitas vezes explícita, da chamada “negativação” do nome do devedor, trazendo-lhe transtornos e evidentes prejuízos, consistentes na impossibilidade de qualquer concessão de crédito.

Ou, em poucas palavras, com a devida vênia uma vez mais, transformaram-se os bancos de dados, como a ora representada Serasa, em verdadeiros cartórios de protestos paralelos e não oficiais, e sem as formalidades a eles impostas por lei.

A ocorrência de clonagem de cartão de crédito, com a consequente inclusão do nome da consumidora em órgão de proteção ao crédito de forma indevida, configura o dano

4.4. A Lei 9.429/97. Com efeito, consoante dispõe o art. 1º da Lei 9.492, de 10 de setembro de 1997, a qual, como se sabe, define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências¹⁷: “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.

E seu art. 3º assevera: “Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados na forma desta lei.”

Ora, no que concerne ao fornecimento de informações às referidas entidades privadas, e delas para terceiros interessados, destacamos o art. 29 e parágrafos da mencionada Lei 9.492, de 10 de setembro de 1997, que, como se pode verificar, contém determinações bastante rígidas quanto ao fornecimento dessas informações, o que reforça a temeridade quanto à sua divulgação de maneira corriqueira, informal e, portanto, temerária.

Com efeito:

Art. 29 – Os cartórios fornecerão às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, quando solicitada, certidão diária, em forma de relação, dos protestos tirados e dos cancelamentos efetuados, com a nota de se cuidar de informação reservada, da qual não se poderá dar publicidade pela imprensa, nem mesmo parcialmente.

§ 1º – O fornecimento da certidão será suspenso caso se desatenda ao disposto no caput ou se forneçam informações de protestos cancelados.”

De singular relevo, outrossim, a seguinte determinação:

§ 2º – Dos cadastros ou bancos de dados das entidades referidas no caput somente serão prestadas informações restritivas de crédito oriundas de títulos ou documentos de dívidas regularmente protestados cujos registros não foram cancelados.

4.5. Exigências descumpridas. Ora, isto quer dizer, em suma e em última análise, que, embora seja lícito aos bancos de dados ou de cadastros privados a manutenção de informações que lhes interessem, e sobretudo aos seus filiados, quer obtidas de fontes próprias, quer de Cartórios de Protestos, fica evidente que desses cadastros somente poderão sair informações negativas contra consumidores, de modo geral, principalmente quando tais

informações sejam restritivas de crédito, *quando houver efetivo protesto de títulos ou documentos.*

Conforme já anotamos passos atrás, aliás, a teor da Portaria nº 3, de 15 de março de 2001, da Secretaria de Direito Econômico, é considerada cláusula abusiva e, portanto, nula de pleno direito, em complementação ao rol enumerativo do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, aquela que: “7. *autorize o envio do nome do consumidor e/ou seus garantes a cadastros de consumidores (SPC, SERASA, etc.), enquanto houver discussão em juízo relativa à relação de consumo.*”

5. Requisitos fundamentais para haver a “negativação”

5.1. Requisitos legais expressos. Ora, se é *conditio sine qua non* para que os bancos de dados forneçam informações negativas restritivas de crédito o protesto formal de título ou documento, consoante a lei em pauta, aliás, raramente colacionada para a apreciação de hipóteses como a presente, *como se pode admitir que o façam, ainda que permaneçam dívidas até com relação ao débito denunciado, ainda que haja a comunicação prévia de que estão propensos a fazê-lo?*

Desta forma, embora as medidas levadas a efeito tanto pelo Ministério Público Federal como pelo Ministério Público do Estado de São Paulo atenham-se ao que determina o § 1º do art. 43 do Código do Consumidor, é mister reconhecer-se que a cautela de comunicação de que algo consta contra o consumidor nos bancos de dados privados é muito pouco, *permissa vênia*, ou insuficiente para que se evitem abusos contra eles, já que a lei, que é bem posterior ao Código de Defesa do Consumidor e trata especificamente do protesto de títulos e documentos, exige, expressamente, que dos cadastros ou bancos de dados das entidades referidas no *caput* do seu art. 29, *somente serão prestadas informações restritivas de crédito oriundas de títulos ou documentos de dívidas regularmente protestados cujos registros não foram cancelados.* Ou seja, depois que os cartórios de protesto cumpriram todo o rito estabelecido pela referida lei.

Ora, isto quer dizer que mesmo comunicando aos eventuais *negativandos*, os bancos de dados privados não poderão fornecer informações a respeito deles, sobretudo quando essas forem restritivas de crédito oriundas de títulos ou documentos de dívidas, quando forem regularmente protestados, e cujos registros não tenham sido cancelados. Mais claro, impossível.

É inegável, por fim, que o § 2º do art. 29 da Lei 9.492/97 acabou por impor vedação aos bancos de dados mantidos por entidades representativas da indústria e do comércio, ou vinculadas à proteção do crédito em geral, na medida em que, fontes subsidiárias e informais que são da fonte formal e legal (cartórios de protestos), somente poderão refletir protestos efetivamente tirados, e não simples apontamentos ou assentos, como ora fazem, ainda que comunicando previamente aos interessados a possibilidade de sua inclusão nos mesmos bancos de dados.

5.2. Direitos básicos do consumidor. Ora, dentre os direitos básicos do consumidor, compilados pelo artigo 6º da Lei 8.078/90, está exatamente o da *“efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”*.

A atitude da representada em substituir-se a um verdadeiro tabelionato de protestos de títulos e documentos, ou então, em face da simples notícia de um de seus afiliados, negatar o nome de uma pessoa, torna-se ameaça constante exatamente ao patrimônio material e moral dessas mesmas pessoas, donde a necessidade de medidas antes preventivas, até, do que repressivas para que se evitem os danos de que fala o dispositivo em pauta do Código de Defesa do Consumidor.

Referido código, por conseguinte, ao conferir ao consumidor, de modo geral, o direito da defesa preventiva de seus direitos e interesses, abre-lhe a possibilidade da chamada tutela coletiva e difusa, como é o caso de que ora se cuida. Isto é, todos os consumidores que se poderão valer da obtenção de crédito para a aquisição de bens ou contratação de serviços, a prevalecer a atitude da representada, poderão estar sujeitos às represálias já referidas linhas atrás.

5.3. Providências efetivas. Daí se entender, com o devido respeito, não serem suficientes as medidas adotadas quer pelo Ministério Público Federal, quer pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, já que a ameaça ao patrimônio material e moral de potenciais consumidores do sistema de crédito continua, por desvirtuamento das atividades dos bancos de dados privados, que agem como se fossem verdadeiros cartórios de protesto, em absoluta subversão à ordem legal estabelecida, inclusive pela lei específica que cuida da matéria, e bem posterior ao Código de Defesa do Consumidor e, nesse aspecto, bem mais restritiva do que o seu art. 43.

Aliás, analisados o *caput* e parágrafos desse último dispositivo do Código do Consumidor, em conjunto e harmonização com o art. 29 da Lei 9.492, de 10 de setembro de 1997, observa-se claramente que o que se permite é, se o

consumidor consentir, como já acentuado, que se abram fichas e cadastros a seu respeito. Com relação a informes negativos, porém, que impliquem restrição a crédito e outros negócios de seu interesse, não se pode admitir que sejam pura e simplesmente divulgados, obstando-se com isso todos os atos da vida do consumidor, privando-o completamente do acesso a produtos e serviços. Ainda que se cuide, como visto, de uma simples rescisão contratual com retenção de cheques em garantia, ou então atraso de pagamento de uma prestação.

Não se prega com isso, à evidência, a pura e simples desídia do consumidor e a complacência de seus credores. O que se pretende, isto sim, é que se tomem os cuidados necessários para que toda a sua vida não se transforme em verdadeiro martírio, *data vênia*.

6. Conclusões

Conclui-se, portanto que:

6.1. A Lei 9.492/97 deve prevalecer sobre, inclusive, o próprio Código de Defesa do Consumidor, mas particularmente o § 2º de seu artigo 43, que se contenta com a simples comunicação ao consumidor da abertura de cadastro em seu nome, e, conseqüentemente, de que ele está prestes a ser negativado.

6.2. Informações negativas restritivas de crédito oriundas de títulos ou documentos de dívidas, constantes de seus registros, e independentemente de sua fonte, *somente deveriam ser fornecidas aos interessados (credores) depois de regularmente protestados, e quando seus registros não foram cancelados.*

6.3. Isto seria possível mediante o ajuizamento de ação civil pública pelos legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, formulando-se o pedido retroproposto, e mediante a cominação de multa por hipótese revelada de descumprimento da decisão.

6.4. Desta forma se estaria cumprindo, de modo efetivo e cabal, o que determinam, a rigor, e em interpretação mais restrita, o art. 43 e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor, bem como o art. 29 da Lei 9.492, de 10 de setembro de 1997.

6.5. Com efeito, segundo taxativamente exige o art. 29 da referida Lei 9.492/1997:

Art. 29 – Os cartórios fornecerão às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, quando solicitada, certidão diária, em forma de relação, dos protestos tirados e dos cancelamentos

efetuados, com a nota de se cuidar de informação reservada, da qual não se poderá dar publicidade pela imprensa, nem mesmo parcialmente.

§ 1º – O fornecimento da certidão será suspenso caso se desatenda ao disposto no caput ou se forneçam informações de protestos cancelados.”

De singular relevo, outrossim, a seguinte determinação:

§ 2º – Dos cadastros ou bancos de dados das entidades referidas no caput somente serão prestadas informações restritivas de crédito oriundas de títulos ou documentos de dívidas regularmente protestados cujos registros não foram cancelados.

Ora, o *decisum* do STJ contido no Recurso Especial 1.033.274-Mato Grosso do Sul, em sede de ação civil pública ajuizada pelo órgão competente do Ministério Público local, segundo o qual, em suma, *as negatizações baseadas em informações prestadas pelos cartórios de protestos e de distribuições de feitos judiciais não demandam notificações pelos bancos receptores, porquanto dessas os devedores já tomaram conhecimento é absurdo, à vista do que se lê do parágrafo único do art. 29 da mencionada “lei dos protestos”*. Até porque entre a informação prestada ao banco de dados e a ciência do devedor, a dívida pode ter sido liquidada. Além do mais, e o que é mais grave, a lei, em momento algum, fala em qualquer outro tipo de informação repassada pelos cartórios de protestos, a não ser destes, efetivamente registrados e não cancelados, não havendo qualquer menção a informes sobre ações em andamento, quiçá em face de eventuais feitos ajuizados pelos devedores, exatamente para excutirem as dívidas reclamadas, uma questão, antes de mais nada, de bom senso, diga-se de passagem.

6.6. A medida certamente beneficiaria um número indeterminado de interessados, potencialmente ou já afetados pela prática que se pretende coibir, e, portanto, de forma difusa, a teor do que dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

Among the so-called business practices foreseen by the Brazilian consumer's protection code there are provided the consumer data base and records as one of its main concerns in order to avoid abuses committed by its managers and the goods and services' providers against consumers, yet when in debt. And such concerns begin right upon the enrollment and the keeping of the consumer-debtor's name in such data bases and records who, in consequence of such deed is doomed to be almost totally prohibited from

the purchasing of goods or the contracting of services whenever granting of credit is involved. Our central argument within this paper work, therefore, regarding the abuses deriving from such activity, will be the so-called unfair and abusive negative recordings of consumers' names when, for instance, it's not exactly a case of payment default regarding due installments, but an argument, especially, on judiciary grounds, to know whether the debt itself is or not legitimate or fair. Thus, there is a Brazilian law, # 9.492, enacted in 1997, which expressly forbids that the consumers' names who have been considered in default of installment payments be registered in data bases or records, just like that, only having as cause information provided by themselves, the creditors, providers of goods and services, and therefore demanding that such information be transmitted only when there should be faithful data from the formally registered protests by the official notary publics. Such law, however, has been solemnly ignored by law enforcers and, there included, by the consumers' defense and protection agencies and entities themselves. Although jurisprudence has tended as to an intermediate understanding – at least by halting the aforesaid abusive negative recording whenever there might be a current litigation between a consumer and its provider –, such understanding is not unanimous but on the contrary controversial, as we will try to demonstrate.

Notas

¹ Texto atualizado em 22-8-2014.

² filomeno@uol.com.br.

³ Destaques nossos.

⁴ “Art. 43 – O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º – Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”. Também de interesse: “§ 2º – A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º – O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º – Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º – Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.”

⁵ Art. 37 – (...) § 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁶ Confrimam-se, ainda, de interesse, os seguintes dispositivos da Constituição Federal: Art. 5º (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; LXXII – conceder-se-á *habeas data*: para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Aliás, anotamos que, a teor da Portaria nº 03, de 15-3-2001, da Secretaria de Direito Econômico, é considerada cláusula abusiva e, portanto, nula de pleno direito, em complementação ao rol enumerativo do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, aquela que: “7. *Autorize o envio do nome do consumidor e/ou seus garantes a cadastros de consumidores (SPC, SERASA etc.), enquanto houver discussão em juízo relativa à relação de consumo*”.

⁷ Texto obtido pela *internet*, no site do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de S. Paulo.

⁸ Cf. nosso *Manual de Direitos do Consumidor*, Ed. Atlas, SP, 12ª edição, 2014, p. 384-5.

⁹ Referências: MC 5.999/SP, AgRg no Ag 661.983/MG, Resp 648.916/RS, AgRg no Resp 617.801/RS, Resp 285401/SP, Resp 442.483/RS, Resp 595.170/SC, Resp 746.755/MG, Resp 849.223/MT.

¹⁰ AgRg no AREsp 384.109-MS, julgamento de 8-10-2013.

¹¹ REsp. 1.033.274-MS, 4ª Turma do STJ, relator ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, j. de 6-8-2013, *in* DJe. De 27-9-2013.

¹² Nossos destaques em negrito em face da controvérsia ora discutida.

¹³ Publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, 25 de janeiro de 1973, p. 04.

¹⁴ Com destaques nossos.

¹⁵ “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, Editora Forense Universitária, Rio, 7ª edição, págs. 353-354.

¹⁶ Destaques nossos.

¹⁷ O Provimento nº 10, de 19 de dezembro de 1997, da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo regulamentou o serviço dos Tabelionatos de Protestos.

**SOBRE PREVENÇÃO E
REPARAÇÃO DE DANOS
CONTRATUAIS EM
RELAÇÕES DE CONSUMO:
REFLEXÕES À LUZ DA DOCTRINA
E DA JURISPRUDÊNCIA**

**PREVENTION AND REMEDYING
DAMAGES ON CONSUMERS CONTRACTS:
REFLECTIONS UNDER DOCTRINES AND
JUDICIAL PRECEDENTS**

ADALBERTO PASQUALOTTO

Professor titular de Direito do Consumidor nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil)

CLÁUDIO LIMA NERY*

Mestrando no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RESUMO

O presente artigo faz reflexões sobre o sistema de prevenção e de reparação de danos contratuais instituído no Código de Defesa do Consumidor à luz da doutrina e da jurisprudência. A prevenção de danos é baseada no dever de informar imputado ao fornecedor, o que se reflete com força cogente sobre os contratos de adesão. Malgrado a prática do mercado, o fornecedor deve informar previamente ao consumidor sobre o conteúdo e a extensão das obrigações que deverá assumir, assim como sobre as possíveis restrições de direitos a que estará sujeito. Essa informação deve ser clara, de modo a torná-la compreensível ao consumidor. Não havendo atendimento a esses requisitos, a cláusula contratual que impõe deveres ao consumidor ou que restringe seus direitos é ineficaz, sem prejuízo da execução do contrato nas demais disposições. A jurisprudência nesses casos é amplamente favorável à proteção do consumidor. Já não se pode afirmar o mesmo no que diz respeito à reparação de danos. Nesse âmbito, cujo principal fundamento é o combate às cláusulas contratuais abusivas, domina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a súmula que veda ao juiz conhecer de ofício de cláusulas abusivas nos contratos bancários, o que abre surpreendente exceção ao controle das nulidades, não só nas relações de consumo, como também na tradição do direito civil brasileiro.

ABSTRACT

This article considers the system of prevention and remedying contractual damages under the Consumer's Defence Code according to the doctrine and judicial decisions. Preventing damages is based on the information duty charged to the supplier, which is strongly mandatory in adhesion contracts. Despite marketplace practices, the supplier has to inform previously the consumers about the content and extension of their obligations and possible restriction of rights as well. The non accomplishment of these requirements turns ineffective the clause that charges duties to the consumers or restrict their rights, notwithstanding the execution of the contract in its other provisions. The precedents are largely in favour of consumers. The same cannot be said about remedying damages. In this context, whose main plea is the combat to the contractual abusive clauses, dominates the Justice High Court precedents prohibiting the judge to decide without previous requirement of the plaintiff in lawsuits against banks. These precedents are an exception in null acts control as in consumption relationships and in Brazilian civil law as well.

* Outra qualificação do autor

Advogado em Porto Alegre.

Introdução

Como assegurar o equilíbrio contratual nos contratos de massa? Este é, no fundo, o tema deste artigo, e de antemão se sabe que não há uma resposta segura.

Com efeito, à ideia de contrato é inerente um acordo negociado, de tal modo que as manifestações de vontade resultem do encontro de um ponto em comum que contemple equitativamente os interesses dos contratantes, os quais são, em princípio, contrapostos. Essa ideia parece ser, à partida, incongruente com a oferta massificada de negócios pré-moldados unilateralmente por um só dos contratantes, restando ao outro apenas a manifestação de vontade mínima da aceitação.

Não é o caso de ressuscitar aqui a velha discussão sobre a juridicidade dos contratos de adesão. Eles se impuseram ao direito com a força inexorável da realidade, reclamando uma acomodação no sistema jurídico. E assim foi feito, o que não quer dizer que os problemas, na prática, estão todos solucionados. Persistem dificuldades de toda ordem, para as quais as soluções legislativas variam entre duas margens: de um lado, a imposição de deveres ao contratante forte, no sentido de obrigá-lo a compensar a desigualdade material do contratante fraco, mediante informações obrigatórias e eventuais prazos de reflexão, conforme a natureza do contrato; de outro lado, reprimindo os abusos da posição privilegiada de que desfrute o contratante forte, pela imposição de regimes sancionatórios, como é o caso das cláusulas abusivas e da possibilidade de revisão do conteúdo do contrato. Essas duas margens dizem respeito, respectivamente, à prevenção e à reparação de danos contratuais, tal como se verifica no Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Sabe-se, porém, e é necessário que se o diga expressamente, que as normas legais são muitas vezes *pro forma*, na medida em que, frequentemente, sequer os consumidores estão dispostos a cumpri-las. Tome-se como exemplo um contrato de seguro que interessa ao comprador de um automóvel novo. A seguir-se o que dispõe o art. 46 do CDC, o segurador deveria prestar informações prévias ao consumidor, assegurando-se que todas as cláusulas do contrato tivessem sido bem compreendidas. Não é assim, todavia, que o contrato de seguro, nesses casos e em muitos outros, é firmado. O comprador do automóvel quer sair imediatamente da concessionária com plenitude da cobertura, em razão do que ele não se importa de não tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato e de receber a apólice aproximadamente um mês depois, quando, para infelicidade sua, talvez já tenha recorrido à

seguradora em virtude de algum infortúnio, e quando não tenha, para infelicidade maior, recebido uma negativa pela alegada existência de alguma cláusula de exclusão do seu pretendido direito. O direito, no entanto, apesar do intuito preventivo da norma de informação prévia obrigatória, poderá socorrê-lo *ex post facto*. Nem tudo está perdido, uma vez que a eficácia pode ser retroativa.

Indo da norma à realidade e voltando à norma para restaurar o justo, eis o périplo que o jurista deve percorrer. O propósito deste artigo é verificar, no caso das disposições pertinentes à prevenção e à reparação de danos contratuais presentes no CDC, de que modo vem se dando, na prática, a aplicação do direito. O texto se detém, inicialmente, no art. 46 do CDC, que trata especificamente de prevenção; no segundo capítulo, a matéria é a reparação, mas, neste caso, limitando-se à Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, que trata particularmente de cláusulas abusivas em contratos com bancos.

1. Sobre prevenção de danos contratuais: análise dos fundamentos do art. 46 do CDC, e de decisões a ele relativas

O Código de Defesa do Consumidor estampa, no art. 6º, inc. VI, como um dos direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Na esteira da moderna responsabilidade civil, ao lado do direito à reparação, o legislador teve a preocupação de prover a prevenção de danos, fiel à máxima popular de que é melhor prevenir do que remediar.

A norma é ampla, não apenas quanto à subjetividade ou transsubjetividade do dano (individuais, coletivos ou difusos), como também no pertinente à sua origem, que ficou oculta pela omissão do texto: nada foi dito quanto ao dano provir de infração ao princípio *neminem ledere* (o que remeteria à ideia de responsabilidade aquiliana) ou ter como fonte imediata uma preexistente relação jurídica contratual entre o lesante e o lesado (remetendo, por conseguinte, à responsabilidade civil contratual). Não poderia ser diferente em diploma legislativo que superou essa dicotomia, vinculando unificadamente a responsabilidade civil à violação objetiva de um dever de qualidade: no caso do fato do produto ou do serviço, dever de qualidade relacionado à segurança do consumidor; no caso dos vícios, dever de qualidade quanto à adequação dos produtos e serviços à sua finalidade¹.

Todavia, parece haver uma certa intuição, talvez um vício de comportamento, em relacionar a prevenção de danos apenas à esfera extracontratual (extranegocial, como diria, com razão, Fernando Noronha²), como se persistisse uma resistência ancestral em mudar de vez o eixo do sistema binário da responsabilidade civil para o unitário. É pouco percebido que o CDC dispõe claramente uma norma de prevenção de danos no art. 46, a qual, quiçá por força dessa resistência inconsciente, permanece na penumbra.

Com efeito, ao se rever a bibliografia, constata-se que os comentaristas dedicam ao art. 46, via de regra, escassos comentários, divergindo especialmente quanto aos efeitos que dele podem ser extraídos. Poucos, inclusive, aludem ao fato de que se trata de uma norma com finalidade preventiva. De outro lado, os tribunais aplicam o art. 46 com frequência menor do que poderiam, ainda que o autor da ação não o invoque como fundamento de sua pretensão. Poderiam fazê-lo, nada obstante, com base no princípio *dami tabus tibi ti iura*. Felizmente essa tendência vem mudando nos últimos tempos, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, o que é alvissareiro, haja vista a importância da jurisprudência firmada pelo STJ e a sua força emulativa sobre os tribunais inferiores.

Outro âmbito de aplicação fértil seria o administrativo, onde o art. 46 poderia revelar toda a sua potencialidade de evitar danos aos consumidores, e mais: de prevenir demandas no Judiciário e de contribuir para o saneamento do mercado. Tudo isso poderia ser alcançado mediante um controle preventivo dos contratos de adesão, a ser feito do modo não como o legislador o estipulou na redação original do CDC, a qual, nesse particular, acabou sendo corretamente vetada pelo presidente da República ao sancionar a lei. Previa o projeto aprovado no Congresso Nacional, em disposições distintas, que o Ministério Público teria poderes para efetuar o controle abstrato das cláusulas contratuais gerais, mediante inquérito civil, decisão que teria caráter geral; e que o formulário-padrão dos contratos de adesão deveria ser remetido ao Ministério Público para o controle da regularidade das suas cláusulas. A primeira disposição fazia parte da normatização das cláusulas abusivas, no art. 51, e a segunda dos contratos de adesão, no art. 54.

As normas legais
são muitas vezes
pro forma, na
medida em que,
frequentemente,
sequer os
consumidores estão
dispostos a
cumprilas

O veto presidencial fundamentou-se em que tais atribuições conferidas ao Ministério Público desfigurariam o seu desenho constitucional, além de vulnerarem o monopólio do Poder Judiciário de controlar de modo amplo e geral a legitimidade dos atos jurídicos. Ao lado dessas razões, adequadamente invocadas, ainda se poderia lembrar outra: a de que o Ministério Público se transformaria em verdadeiro cartório, com pouca possibilidade prática de vencer a presumível carga de trabalho que teria, com a desvantagem adicional de representar um entrave burocrático ao fluxo natural dos negócios. Ficou bem posto, portanto, o veto, mas está mal a aplicação do dispositivo remanescente, que poderia levar à consecução do escopo frustrado do legislador de prevenir danos contratuais ao consumidor.

1.1. Deveres de informação e de transparência e a consequência teórica do seu descumprimento

De modo genérico, como frisado acima, o art. 6º, inc. VI, do CDC prevê a prevenção de danos como direito básico do consumidor. De modo particular, essa norma diretiva se reflete na segurança de produtos e nos contratos. Nessas duas esferas, a prevenção é projetada como efeito da informação e esta, por sua vez, é direito básico dos consumidores, conforme o art. 6º, inc. III, do CDC. O reflexo desse direito é o dever de informar imposto aos fornecedores, que aparece nitidamente, quanto à segurança de produtos e serviços, nos artigos 8º a 10. Todavia, por não ser a segurança objeto do presente estudo, esse tema ficará de lado, seguindo abaixo considerações pertinentes ao regime contratual.

O capítulo VI do primeiro título do Código de Defesa do Consumidor tem por objeto a proteção contratual. O capítulo divide-se em três seções, a saber: disposições gerais, cláusulas abusivas e contratos de adesão. Nessas seções encontra-se um conjunto significativo de inovações legislativas que tiveram grande repercussão, porque, ao ser editado o CDC, eram inéditas no direito brasileiro, embora viessem de alguns anos sendo tratadas na doutrina e, por isso mesmo, eram reclamadas ao legislador. Os tribunais também delas careciam, mas, como tardavam, algumas cortes vanguardistas arrojavam-se em decisões fundamentadas em princípios ou cláusulas gerais *extra legem*, como lesão e boa-fé, especialmente para o efeito de revisão de contratos. A falta de lei causava grande confusão conceitual, pois era frequente as decisões invocarem fundamentos nominalmente iguais para situações fáticas diversas. A superveniência do CDC harmonizou os conceitos, contribuindo para consolidação da teoria.

O art. 46 é o pórtico de entrada das disposições gerais sobre contratos. Nessa primeira seção do capítulo VI estão outras duas normas de grande importância e certamente mais prestigiadas do ponto de vista da elaboração doutrinária e da aplicação do que o art. 46: o art. 47, que veicula o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor, e o art. 49, que criou o direito de arrependimento. Nem por isso o art. 46 é menos significativo.

Como não poderia deixar de ser, em se tratando de prevenção, o legislador estipulou deveres a cargo do fornecedor, com o intuito de obviar as situações comuns que levam ao desequilíbrio contratual e, por conseguinte, a prejuízos da parte mais fraca. A providência é de grande utilidade, especialmente pelo fato de que a imensa maioria dos contratos de consumo é concluída por adesão, sem que o consumidor tenha ensejo de discutir ou, muitas vezes, de ao menos conhecer o teor das cláusulas contratuais. Os deveres instituídos são de duas ordens: a) dar conhecimento prévio aos consumidores do conteúdo do contrato; b) redigir os instrumentos contratuais de modo a facilitar a compreensão do seu conteúdo e alcance. O enunciado vem vazado em forma negativa, sendo sujeito da norma o consumidor:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance³.

O primeiro dever é de informação; o segundo, de clareza ou transparência. Ambos remetem-se à boa-fé, concretizando a lealdade que as partes devem manter entre si na relação contratual, vista esta como um vínculo de cooperação, na perspectiva de que o contrato seja o instrumento de realização dos objetivos comuns.

Para a noção de que o contrato visa a alcançar uma finalidade comum aos dois contratantes muito contribui o conceito de causa. Vislumbra-se a causa ao se considerar o contrato conforme a sua dinâmica, o que implica perguntar qual é a sua função. Causa, segundo Emilio Betti, é a razão do negócio jurídico, que se identifica com a sua função econômico-social, não com a sua função jurídica, porque, se assim fosse, a causa seria apenas uma explicação para os efeitos jurídicos do negócio. A causa está na ordem social e econômica, na medida em que as partes realizam o negócio movidas pela sua autonomia e em razão do efeito econômico que visam alcançar (1940[?], p. 142).

Se assim é, a cooperação entre as partes deve iniciar antes que o vínculo contratual se estabeleça. Essa concepção é posta em xeque nos contratos de adesão, haja vista sequer a existência de contato direto entre os contratantes,

o que mais ressalta se pensarmos nos contratos a distância proporcionados pela internet. Todavia, essa realidade não tem a força de afastar a cogência normativa. Ao contrário, quanto mais diluído se torna o contato real entre os contratantes⁴, mais vigorosamente devem atuar as normas de reforço dos compromissos recíprocos. Daí a pertinência do duplo comando emanado do art. 46. E mais: o art. 54, ao tratar dos contratos de adesão, acode com duas regras complementares. A primeira é a do parágrafo 3º:

Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

O enunciado é quase redundante com o art. 46, apenas redigido de forma positiva, ao contrário deste, que impõe um dever de clareza guesáltico: os contratos *não* obrigarão os consumidores se os seus instrumentos forem redigidos de modo a *dificultar* a compreensão do seu sentido e alcance.

A segunda norma é a do parágrafo 4º do art. 54:

As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Novamente exige-se *compreensão* imediata e fácil, assim como o art. 46 a exige de modo amplo como atributo da redação dos instrumentos contratuais.

Induvidosamente os deveres têm um destinatário certo, que é o fornecedor, dado o domínio que ele tem do fato contratual; em outras palavras, o fornecedor redige os contratos unilateralmente, impondo ao consumidor a escolha de aceitar a contratação nos termos previamente redigidos ou simplesmente não contratar, com a inevitável consequência de não obter o bem da vida que o contrato poderia propiciar-lhe; de outra parte, também é inequívoco que o beneficiário da norma impositiva dos deveres é o consumidor, haja vista a sua condição de vulnerabilidade.

Visto quais são os deveres, é de se cuidar agora das possíveis sanções ao seu descumprimento.

A doutrina não é frequente nem uniforme quanto à natureza da sanção: alguns autores não se manifestam, outros emitem opiniões divergentes. No *Manual de Direito do Consumidor*, Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa acordam em que se trata de ineficácia, mas extraem a consequência de “invalidade do acordo de vontade”, devendo ‘as partes voltar ao estado anterior da ‘contratação’ [aspas do original], sem prejuízo de eventual indenização em favor do consumidor’ (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 331-2). Nelson Nery Júnior refere a interpretação dada ao art. 1.341, do Código Civil italiano, no qual o legislador

brasileiro teria se inspirado, no sentido da ineficácia das cláusulas contratuais gerais que não tenham sido levadas a prévio conhecimento do consumidor (NERY JÚNIOR, 2004, p. 543). Sérgio Cavalieri Filho manifesta-se no mesmo sentido: “A cláusula a que o consumidor não teve prévio acesso não chega a integrar o contrato: a hipótese, não é, portanto, de nulidade, mas de ineficácia (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 155). Bruno Miragem anota que a aplicação combinada do art. 46 com o art. 54, § 4º, tende à conclusão de ineficácia das cláusulas contratuais que violem o dever de informar do fornecedor (MIRAGEM, 2009, p. 55)⁵.

A redação do texto legal induz à ideia de ineficácia, que é a mais coerente com o sistema do CDC. Advirta-se, porém, que se trata de ineficácia temporária.

O art. 46 alude a que “os contratos que regulam as relações de consumo *não obrigam* os consumidores” (se os deveres não forem cumpridos pelos fornecedores). A sanção, literalmente, é *não obrigar*⁶. Em outras palavras, ficam os créditos dos fornecedores destituídos de pretensão, o que não significa, de modo algum, que o contrato desapareça do mundo jurídico ou perca a sua validade. O que se quer dizer é que não parecem afetados os planos de existência e de validade do contrato; a sanção atinge apenas o plano da eficácia, e limitadamente à exigibilidade do cumprimento das obrigações dos consumidores. O contrário não é verdadeiro: os consumidores mantêm integralmente a força coercitiva inerente à exigibilidade do cumprimento dos seus créditos. Trata-se de ineficácia temporária. Uma vez saneado o contrato, o que significará o conhecimento atempado e esclarecido do conteúdo e extensão das obrigações a seu cargo, o consumidor deverá cumpri-las sob potência coercitiva.

Por duas razões a ineficácia é mais coerente com o sistema. Em primeiro lugar, porque o art. 51, § 2º, consagra o princípio da conservação do contrato, ao dispor que a nulidade de uma cláusula contratual não o invalida. Trata-se da aplicação particular aos contratos da máxima *utile per inutile non vitiatur*. O mesmo princípio está presente no art. 184 do Código Civil brasileiro. A segunda razão é que, aplicado o princípio da conservação, não se pode imaginar solução diversa da exigibilidade plena das obrigações do consumidor. Caso contrário, se produziria enriquecimento sem causa.

A cooperação
entre as partes
deve iniciar antes
que o vínculo
contratual se
estabeleça

1.2. Aplicação jurisprudencial do art. 46 do CDC

É de se ver, na sequência, que aplicação vem sendo dada ao art. 46 na jurisprudência. O recorte feito a seguir limita-se a decisões do Superior Tribunal de Justiça, haja vista ser a corte que uniformiza a jurisprudência infraconstitucional no Brasil e o inegável efeito emulativo que o STJ produz sobre os tribunais estaduais e os tribunais regionais federais.

É significativo, para os efeitos deste artigo, o Recurso Especial 1.270.174-RS, julgado pela Segunda Seção do STJ em 10 de outubro de 2012, uma vez que nele se pode constatar um conflito de entendimento entre os aspectos preventivo e indenizatório.

Tratava-se de ação promovida por mutuário contra o banco mutuante em que era questionada a cobrança de tarifas sobre custos administrativos de concessão do financiamento⁷. O colegiado de segunda instância (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) considerara que a cobrança daquela tarifa ofendia o art. 46 e o art. 51, IV, este porque a tarifa constituía-se em cláusula abusiva, ao colocar o consumidor em desvantagem exagerada frente ao fornecedor. Expressamente, na fundamentação do acórdão de segunda instância, estavam presentes os dois âmbitos da proteção contratual: o preventivo (art. 46) e o reparatório (art. 51). No STJ houve divergência, mas a maioria deu atenção apenas ao aspecto ressarcitório, considerando que não houve prova da desvantagem excessiva do consumidor. O voto que abriu a divergência chamou a atenção para o fato de que, especialmente nos contratos de adesão, todas as obrigações devem ser previamente conhecidas pelo consumidor e redigidas de forma a possibilitar a sua compreensão, na forma do art. 46⁸. Um segundo voto divergente também advertiu para o fato de que o tribunal de origem referiu-se ao inadimplemento dos deveres de transparência e de informação por parte do banco, porém inutilmente⁹.

Em outros julgados, o mesmo tribunal considerou que o segurado deve ter ciência antecipada das cláusulas contratuais, ficando, em caso contrário, desobrigado do seu cumprimento¹⁰, com a expressa consignação de que é ineficaz a entrega do manual do segurado posteriormente à contratação¹¹, especialmente se houver divergência entre o valor indenizatório consignado no momento da contratação e o enviado posteriormente¹². Por outro lado, foi reconhecido ao segurado o direito à indenização por danos morais decorrente de acidente de trânsito, estando em branco o valor correspondente e diante de cláusula excludente da mesma indenização, com fundamento no art. 46¹³.

Já tratando-se de contrato bancário, o STJ assentou que não basta que o documento instituidor da obrigação esteja registrado em cartório para obviar a aplicação do art. 46¹⁴, se não for exibido ao consumidor no momento da adesão¹⁵.

O art. 46 também recebeu aplicação em matéria de planos de saúde. Em um caso, o STJ decidiu que a informação repassada ao consumidor integra o contrato e deve ser completa, gratuita e útil, não se confundindo com comunicação diluída, solta, redundante ou destituída de qualquer serventia para o consumidor¹⁶. Noutro caso, o tribunal considerou nula a alteração contratual promovida pela operadora sem a participação do consumidor¹⁷.

2. Sobre a reparação de danos contratuais: a nulidade das cláusulas abusivas e o direito à revisão dos contratos

É direito básico do consumidor, segundo o art. 6º, VI, do CDC, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Trata-se da tradicional via da indenização, a qual pode ser compreendida como um meio privado de sanção pelo injusto, abrangendo danos de toda ordem, contratuais e extracontratuais. Ao lado do direito a indenização, tratando-se de danos contratuais, há sanção de outra natureza, que não implica reparação indenizatória, mas uma forma de restauração da normalidade da relação jurídica ou da sua recondução a termos equitativos, de modo a que ela possa produzir a normalidade dos seus efeitos, conforme a sua função social. Trata-se da sanção de nulidade, que fulmina os atos e negócios jurídicos atentatórios da ordem pública. O Código de Defesa do Consumidor é lei de ordem pública e interesse social, conforme dispõe o seu art. 1º¹⁸. No sistema contratual, o CDC estipula a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, coerentemente com a natureza de ordem pública das suas normas. A nulidade de uma cláusula abusiva, todavia, de regra, não invalida o contrato, conforme dispõe o art. 51, § 2º, reproduzindo o princípio da conservação do contrato nas relações de consumo. Com efeito, a invalidação do contrato penalizaria o vitimado pela abusividade, deixando-o sem o bem da vida (produto ou serviço) objeto da contratação. Por conseguinte, a decretação da nulidade de uma cláusula abusiva é, em termos práticos, o caminho oblíquo para a revisão do contrato, a qual pode também ser objeto de pretensão específica, por lesão patrimonial ou onerosidade excessiva, conforme os termos do art. 6º, V¹⁹.

Ao dispor sobre a nulidade das cláusulas contratuais abusivas, o CDC manteve-se fiel à tradição do direito civil brasileiro, como imediatamente se verá, tradição esta que, todavia, se vê ameaçada por uma surpreendente inovação jurisprudencial.

2.1. O tradicional sistema brasileiro de repressão às nulidades

Chamou a atenção logo que entrou em vigência o CDC o aparente reforço de linguagem usado pelo legislador para cominar de nulidade as cláusulas abusivas. Diz o texto legal que as cláusulas consideradas abusivas “são nulas *de pleno direito*”²⁰. Embora não se trate de simples recurso de retórica²¹, o que é incompatível com um enunciado de lei, a expressão legal restaurou um conceito técnico de pouco uso, suscitando dúvidas sobre o seu verdadeiro significado.

A nulidade de pleno direito remonta ao Regulamento 737, de 1850, que regulamentou o processo comercial, por expressa previsão do Código Comercial editado naquele mesmo ano. Embora tratando especialmente de processo, o que se explicava pelo fato de não existir, à época, uma lei processual geral, o Regulamento 737 dedicou um capítulo à nulidade dos contratos comerciais (direito material, portanto). Segundo o art. 684²², as nulidades de pleno direito compreendiam as assim pronunciadas pela lei em razão da preterição de solenidade e que, por isso, se tornassem evidentes em si mesmas; e aquelas que, embora não expressas na lei, eram substanciais para o contrato, tais como a incompetência do oficial público interveniente, a ausência de data ou de designação do local da celebração ou a falta de leitura do texto às partes e às testemunhas. Tratava-se, portanto, de um vício de visibilidade aparente e, por isso mesmo, inconteste. Nesse sentido, Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior: “Com efeito, ‘de pleno direito’ diz-se da nulidade derivada de vício manifesto, de defeito comprovado, visível pelo próprio instrumento ou por prova literal” (1994, p. 37). Igualmente, Anelise Becker: “O significado da expressão ‘de pleno direito’ está intrinsecamente ligado à visibilidade do vício, a partir do próprio instrumento do ato jurídico ou de prova literal” (2000, p. 171).

O Código Civil de 1916 não reproduziu o conceito de nulidades de pleno direito, limitando as invalidades às nulidades e às anulabilidades²³, estas cingidas aos vícios da manifestação de vontade²⁴. A mesma sistemática foi adotada pelo legislador de 2002. Nada obstante, nas duas codificações civis manteve-se a rigidez das nulidades, sendo vedado ao juiz deixar de pronunciá-las, mesmo que sem provocação, e podendo ainda o Ministério Público alegá-las quando lhe competir intervir no processo civil²⁵.

Além das nulidades de pleno direito, o Regulamento 737 previu as nulidades dependentes de rescisão. Estas diferenciavam-se daquelas porque dependiam de produção de prova, de alegação de prejuízo, e só podiam ser pronunciadas por meio de ação, não já como matéria de defesa. Nas palavras de Anelise Becker:

A nulidade depende de rescisão quando resulta de fato que, ao ser previsto pela lei, não o foi taxativamente em todos os seus detalhes, de modo que sua comprovação não pode ser feita de imediato e, por isso, necessita de um exame mais aprofundado e da consequente atribuição de um poder de apreciação mais largo ao julgador. A nulidade dependente de rescisão, assim, supõe um vício intrínseco e oculto a macular o ato que, embora inválido, é, em aparência, válido, porque a descoberta de tal vício em regra depende de uma instrução aprofundada, seguida de julgamento (2000, p. 173; grifos do original).

A decretação da nulidade de uma cláusula abusiva é, em termos práticos, o caminho oblíquo para a revisão do contrato

Embora o art. 51 proclame a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, é fato que nem todas as previsões abstratas dos seus incisos correspondem a esse modelo teórico²⁶. Algumas, sem dúvida, são abusividades manifestas, como, marcadamente, a do inciso I, ao proclamar a abusividade da cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios de produtos ou serviços. Uma disposição contratual desse teor ofende frontalmente a garantia estipulada nos artigos 18 e 20. Outras previsões normativas do mesmo art. 51, todavia, indubitavelmente requerem prova para se demonstrarem abusivas²⁷. Serve de máximo exemplo o inciso IV, apontado como verdadeira cláusula geral de abusividade: a cláusula contratual que estabeleça obrigações iníquas, que coloque o consumidor em desvantagem exagerada ou que seja incompatível com a boa-fé ou a equidade. Não há como certificar-se desse tipo de abusividade *ictu oculi*. O juiz haverá de verificar em fatos comprovados a realidade da desvantagem, que não pode simplesmente corresponder ao risco normal do contrato, mas ser excedente, “exagerada”; ou a infração à boa-fé; ou, ainda, a falta de equidade na relação interna do contrato.

Independentemente da necessidade de escrutínio do conteúdo da cláusula contratual, o que é indubitoso é que todas as hipóteses de cláusulas abusivas contempladas no art. 51, além de outras com elas assemelhadas, são nulidades cominadas em lei. E, conforme Dall’Agnol Júnior, “nem toda

nulidade (absoluta) é cominada (=expressa, explícita), mas toda nulidade cominada é absoluta” (1994, p. 36). E, completando:

Do ponto de vista prático, o que importa é que, em se cuidando de nulidade cominada, dispensado está o intérprete do exame do conteúdo da regra jurídica, pois, ainda que tutele interesse particular, a consequência será, ex vi legis, a de nulidade (absoluta), derivando, daí, a incidência das regras atinentes ao regime próprio dela (1994, p. 37).

A equação, portanto, é clara: a abusividade de uma cláusula contratual pode ser manifesta ou necessitar de escrutínio probatório. Em qualquer hipótese, é nula, podendo e devendo ser invalidada pelo juiz, mesmo agindo de ofício²⁸. Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

A ‘nulidade de pleno direito’ a que se refere o artigo 51 do CDC é a ‘nulidade’ do nosso Código Civil. Como tal, pode ser decretada de ofício pelo juiz e alegada em ação ou defesa por qualquer interessado, sendo a sanção jurídica prevista para a violação de preceito estabelecido em lei de ordem pública e interesse social (artigo 1º) (1994, p. 27).

Nada obstante a tradição do sistema e a clareza da doutrina, a jurisprudência recente da mais alta corte de justiça do país em matéria de direito infraconstitucional inovou na matéria em detrimento da defesa dos consumidores.

2.2. A exceção da Súmula 381 do STJ

A indesejável inovação data de 2009, consubstanciada no enunciado da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, aprovada na Segunda Seção Cível, que tem o seguinte teor:

Súmula 381. Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

Em primeiro lugar, causa estranheza o fato de que a súmula privilegia os contratos bancários. A se admitir que fosse aceitável a vedação do conhecimento judicial de ofício das cláusulas abusivas, a regra deveria valer para os contratos em geral, e não apenas para os de natureza bancária. O favorecimento foi bem apanhado por Bruno Miragem, ao afirmar que a súmula acaba por criar duas espécies de contratos de consumo: aqueles em que os juízes não podem conhecer de ofício de cláusulas abusivas, instituindo, assim, uma espécie de imunidade ao sistema bancário, e os demais contratos de consumo, em que os juízes podem agir de ofício, como o próprio STJ reconhece, por exemplo, na cláusula de foro de eleição (2009, p. 43 e 76).

A Súmula 381 baseia-se, conforme demonstram seus precedentes²⁹, no princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, o que significa a introdução de uma cunha processual no direito material, uma vez que a nulidade das cláusulas abusivas diz respeito ao conteúdo do contrato, e a sua invalidade constitui instrumento da defesa do consumidor, matéria de ordem pública amparada em preceitos constitucionais (a defesa do consumidor fundamenta-se nos artigos 5º, inc. XXXII, e art. 170, inc. V, da Constituição)³⁰. Daí a conclusão de Bruno Miragem, no sentido de que as cláusulas abusivas atentam contra a autoridade do direito, porque são ilícitas, na medida em que constituem abuso do direito, que se manifesta nas relações de consumo pelo abuso da posição jurídica dominante de uma das partes (2009, p. 47).

Em tempos mais recentes, o STJ tem justificado a existência da Súmula 381 com o argumento de que, não havendo recurso do consumidor, o reconhecimento de ofício da abusividade da cláusula implicaria *reformatio in pejus* contra o réu quando somente este tenha recorrido. Essa justificativa constou na ementa do último acórdão citado³¹, assim como em outros julgamentos³². Com efeito, se o consumidor ganha a ação em primeiro grau, pelo menos parcialmente, e somente o réu apela, é possível que haja reforma da sentença em prejuízo do apelante se o tribunal decreta de ofício a abusividade de uma cláusula contratual que passou em branco no juízo *a quo*. Essa possibilidade, porém, é inerente ao fato de que a abusividade e conseqüente nulidade da cláusula contratual dizem respeito ao direito material. Embora seja saudável o propósito do STJ em preservar os princípios processuais, a verdade é que o faz em detrimento do direito material e com violação de lei expressa.

A observância dos princípios processuais poderia ser assegurada, sem vulneração do direito material, nos casos em que a nulidade fosse dependente de rescisão, pela invocação da Súmula 7³³, porque se a matéria não tivesse sido examinada nas instâncias ordinárias não poderia sê-lo na especial por demandar dilação probatória. Já não poderia verificar-se o mesmo tratando-se de nulidade de pleno direito, portanto, manifesta, porque estaria o próprio STJ compelido a pronunciar de pronto a nulidade. O tribunal de apelação não tem o mesmo óbice do STJ no caso de nulidade dependente de rescisão, pois pode evitar a supressão de instância baixando o processo em diligência para o magistrado de primeiro grau proceder à devida instrução e julgamento.

O que a Súmula 381 faz, ao vedar ao juiz o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas, é, em última análise, transformar o que a lei comina

como nulidade absoluta em nulidade relativa, a qual exige iniciativa do prejudicado. Por conseguinte, conforme Bruno Miragem, a súmula subordina a autoridade do direito à vontade individual do titular da ação, porque sem o seu requerimento expresso, o tribunal não conhece da ofensa a direito integrante da ordem pública de proteção ao consumidor (2009, p. 66).

Propositalmente ou não, parece estar inaugurada a tendência a estender a aplicação da Súmula 381 para além dos contatos bancários. Em julgamento de agosto de 2013, a Terceira Turma do STJ aplicou-a em contrato de plano de saúde³⁴. Apenas nos casos em que houve pedido de nulidade da cláusula abusiva nas instâncias inferiores, o STJ tem pronunciado a inaplicabilidade da Súmula 381^{35,36}.

Conclusão

O sistema de proteção contratual do consumidor no código brasileiro contempla as duas perspectivas adequadas: da prevenção de danos e da reparação. Contudo, ambas encontram dificuldades de aplicação na jurisprudência. A primeira, por desenvolvimento insuficiente, uma vez que a mais profusa exploração da potencialidade do art. 46 poderia resultar em efeito pedagógico de saneamento de práticas comerciais que acabam por lesar os interesses dos consumidores. Diga-se, a favor do Poder Judiciário, que também faltam demandas que propiciem a produção de uma jurisprudência mais consistente, especialmente no âmbito das ações coletivas, as quais teriam um papel relevante a cumprir nesse âmbito.

Quanto à reparação de danos contratuais, este estudo cingiu-se ao exame da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, que veda ao julgador o conhecimento de ofício das cláusulas contratuais abusivas em contratos bancários. Trata-se de enunciado que desborda do sistema tradicional de controle das nulidades do direito brasileiro, tradição que foi seguida pelo Código de Defesa do Consumidor. A súmula em questão afronta o CDC e desafia a autoridade do direito, porque torna disponível um interesse público, na medida em que faz depender de alegação do consumidor uma abusividade tachada na lei como ato ilícito; ao mesmo tempo, faz prevalecer um princípio processual sobre a lei material, criando uma nulidade relativa onde só existem nulidades absolutas.

Notas

¹ O primeiro doutrinador a ressaltar esse sistema unificado do CDC foi Antônio Hermann Benjamin, ao propor a teoria da qualidade como fundamento amplo da responsabilidade civil do fornecedor (1991, p. 27-43).

² Tornou-se clássico e marco referencial da evolução da responsabilidade civil no Brasil o artigo de Fernando Noronha publicado em 1993, com o título de “Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização”. Nesse trabalho, entre outras proposições inovadoras, Noronha renomeia a responsabilidade civil contratual para responsabilidade civil negocial, atento ao fato de que não só os contratos são fontes de obrigações aptas a gerarem o dever de indenizar por falta de cumprimento, como também negócios jurídicos em geral.

³ Em disposição análoga, estabelece a Diretiva 93/13 da União Europeia, que dispõe sobre cláusulas contratuais abusivas: Artigo 5º. No caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor. Esta regra de interpretação não é aplicável no âmbito dos processos previstos no nº 2 do artigo 7º.

⁴ Tratando dos deveres de proteção, Menezes Cordeiro ressaltou que a evolução torna cada vez mais diluídas as relações obrigacionais ou situações assemelhadas (1984, p. 639), o que pode ser perfeitamente aplicado ao comércio eletrônico, por exemplo.

⁵ A propósito, Bruno Miragem considera o art. 46 uma cláusula abusiva em sentido formal (2009, p. 56).

⁶ Bruno Miragem alude a que “as estipulações contratuais que gerem obrigações aos consumidores não serão *obrigatórias*, se não lhes for dada oportunidade do conhecimento prévio do seu conteúdo” (grifo apostro; 2014, p. 239). Na União Europeia, a Diretiva 93/13 dispõe no sentido de que as cláusulas contratuais abusivas *não vinculam* os consumidores: “Artigo 6º. 1. Os Estados-membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”.

⁷ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO (TAC). TAXA DE EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. 1. Não viola a norma de regência dos embargos de declaração o acórdão que apenas decide a lide contrariamente aos interesses da parte. 2. As normas regulamentares editadas pela autoridade monetária facultam às instituições financeiras, mediante cláusula contratual expressa, a cobrança administrativa de taxas e tarifas para a prestação de serviços bancários não isentos. 3. As tarifas de abertura de crédito (TAC) e emissão de carnê (TEC), por não estarem encartadas nas vedações previstas na legislação regente (Resoluções 2.303/1996 e 3.518/2007 do CMN), e ostentarem natureza de remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor, quando efetivamente contratadas, consubstanciam cobranças legítimas, sendo certo que somente com a demonstração cabal de vantagem exagerada por parte do agente financeiro é que podem ser consideradas ilegais e abusivas, o que não ocorreu no caso presente (REsp

1.246.622RS, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, unânime, DJe de 16.11.2011) 4. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Sessão. Recurso Especial nº 1.270.174 – RS. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti – 10 de outubro de 2012).

⁸ Do voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino: “É bem verdade que, tratando-se de relação firmada no âmbito do Direito Privado, não haveria, em princípio, óbice à previsão contratual de tarifas destinadas exclusivamente a cobrir os custos administrativos de uma das partes contratantes. (...) O princípio da autonomia privada, porém, tem sua aplicação bastante limitada em contratos de consumo, em razão da vulnerabilidade do consumidor no mercado massificado, presumida pelo art. 4º do CDC, que autoriza a existência de normas de proteção destinadas a garantir o equilíbrio entre as partes contratantes. Ademais, a autonomia privada mostra-se ainda mais limitada em contratos de adesão, como o presente, em que, por não ter o aderente a possibilidade de negociar as cláusulas contratuais, não pode ser obrigado se não lhe tiver sido dada oportunidade de tomar prévio conhecimento do conteúdo do contrato ou se as cláusulas foram redigidas de modo a dificultar sua compreensão, nos termos do art. 46 do CDC.”

⁹ Do voto da ministra Nancy Andrichi: “Contudo, o fundamento pelo qual o TJ/RS afastou referida cobrança não foi apenas o da abusividade da cláusula, mas também o de que *“o contrato não explica a razão da cobrança desta tarifa é ou taxa, pois nela apenas consta o seu valor”*. Ou seja, o TJ/RS reputou que a instituição financeira inadimpliu seu dever de *transparência e de informação* quanto aos termos e fundamentos do contrato aqui discutido.”

¹⁰ AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO. AÇÃO DE COBRANÇA DE DIFERENÇA DE INDENIZAÇÃO. CLÁUSULA LIMITADORA DE DIREITO. AUSÊNCIA DE DESTAQUE. NULIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA STF/283. I – Examinando as circunstâncias fáticas da causa, concluiu o Colegiado estadual que o segurado não teve ciência antecipada das cláusulas do contrato, não estando, por isso, obrigado ao seu cumprimento, nos termos do artigo 46 do CDC, as quais devem ser interpretadas a seu favor, conforme preconiza o artigo 47 do referido diploma consumerista. II – Considerou, ainda, nula de pleno direito, a cláusula que fixou os parâmetros para o pagamento da indenização, porque abusiva, onerosa e extremamente prejudicial ao consumidor, a teor do que dispõe o artigo 51, § 1º, I, II, e III, do CDC. III – Esses fundamentos, suficientes, por si sós, para manter a conclusão do julgado, não foram impugnados nas razões do especial, atraindo, à hipótese, a aplicação da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. Agravo improvido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agr. no Agravo de Instrumento nº 736.617 – MT. Relator: Ministro Sidnei Beneti, 04 de setembro de 2008).

¹¹ RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SEGURO DE VIDA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. EMBRIAGUEZ. CLÁUSULA LIMITATIVA DE COBERTURA DA QUAL NÃO FOI DADO O PERFEITO CONHECIMENTO AO SEGURADO. ABUSIVIDADE. INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 54, § 4º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Por se tratar de relação de consumo, a eventual limitação de direito do segurado deve constar, de forma clara e com destaque, nos moldes do art. 54, § 4º do CODECON e, obviamente, ser entregue ao consumidor no ato da contratação, não sendo admitida a entrega posterior. 2. No caso concreto, surge incontroverso que o documento que integra o contrato de seguro de vida não foi apresentado por ocasião da contratação,

além do que a cláusula restritiva constou tão somente do “manual do segurado”, enviado após a assinatura da proposta. Portanto, configurada a violação ao artigo 54, § 4º do CDC. 3. Nos termos do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. 4. Deve ser afastada a multa aplicada com apoio no artigo 538, parágrafo único do CPC, pois não são protelatórios os embargos de declaração opostos com fins de prequestionamento. 5. Recurso especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1219406-MG, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 15 de fevereiro de 2011).

¹² DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO. INVALIDEZ PERMANENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS ENTREGUES AO SEGURADO. PREVALÊNCIA DO ENTREGUE QUANDO DA CONTRATAÇÃO. CLÁUSULA LIMITATIVA DA COBERTURA. NÃO-INCIDÊNCIA. ARTS. 46 E 47 DA LEI N. 8.078/90. DOUTRINA. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO. I – Havendo divergência no valor indenizatório a ser pago entre os documentos emitidos pela seguradora, deve prevalecer aquele entregue ao consumidor quando da contratação (“certificado individual”), e não o enviado posteriormente, em que consta cláusula restritiva (condições gerais). II – Nas relações de consumo, o consumidor só se vincula às disposições contratuais em que, previamente, lhe é dada a oportunidade de prévio conhecimento, nos termos do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor. III – As informações prestadas ao consumidor devem ser claras e precisas, de modo a possibilitar a liberdade de escolha na contratação de produtos e serviços. Ademais, na linha do art. 54, § 4º da Lei n. 8.078/90, devem ser redigidas em destaque as cláusulas que importem em exclusão ou restrição de direitos (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 485.760/RJ, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 17 de julho de 2003).

¹³ RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. APÓLICE. DANOS MORAIS COM VALOR EM BRANCO. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DOS DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. ARTIGOS 46 E 47 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. 1. Os danos pessoais/corporais previstos no contrato de seguro de veículo englobam os danos morais, salvo se houver cláusula expressa que exclua tal garantia. Precedentes. 2. Não é razoável admitir que a simples lacuna de valores quanto ao campo “danos morais” seja suficiente para afastar por completo esse tipo de reparação, notadamente em virtude de a mesma apólice prever cobertura dos danos corporais. 3. Contrato que deve ser examinado à luz dos artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor. 4. A correção monetária incide desde a data da celebração do contrato até o dia do efetivo pagamento do seguro, pois a apólice deve refletir o valor contratado atualizado. Precedentes. 5. Nas obrigações contratuais, os juros de mora devem incidir a partir da citação. Precedentes. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.447.262-SC. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, 04/09/2014).

¹⁴ CONTRATO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. APRECIÇÃO DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA. CLÁUSULAS GERAIS. DESINFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR. JUROS REMUNERATÓRIOS. INEXISTÊNCIA DE PACTUAÇÃO.

CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS EM CONTA CORRENTE. POSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. Não há ofensa ao Art. 535 do CPC se, embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão examinou todas as questões pertinentes. Não há revisão de ofício do contrato, pois os fundamentos do acórdão recorrido não fazem coisa julgada. É ineficaz, no contrato de adesão, cláusula inserida em documento que – embora registrado em cartório – não foi exibido ao consumidor, no momento da adesão (CDC, Arts. 46 e segs.). No caso de previsão potestativa da taxa de juros remuneratórios ou sua inexistência, os juros devem ser aplicados consoante a média de mercado. Precedente da Segunda Seção. É lícita a capitalização anual de juros em conta corrente. É defeso cobrar comissão de permanência não pactuada no instrumento. Incide a Súmula 294 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 897.148 – MT. Relator: Ministro Humberto Gomes De Barros, 20 de setembro de 2007).

¹⁵ CONTRATO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. APRECIACÃO DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA. CLÁUSULAS GERAIS. DESINFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR. JUROS REMUNERATÓRIOS. INEXISTÊNCIA DE PACTUAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS EM CONTA CORRENTE. POSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. Não há ofensa ao Art. 535 do CPC se, embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão examinou todas as questões pertinentes. Não há revisão de ofício do contrato, pois os fundamentos do acórdão recorrido não fazem coisa julgada. É ineficaz, no contrato de adesão, cláusula inserida em documento que – embora registrado em cartório – não foi exibido ao consumidor, no momento da adesão (CDC, Arts. 46 e segs.). No caso de previsão potestativa da taxa de juros remuneratórios ou sua inexistência, os juros devem ser aplicados consoante a média de mercado. Precedente da Segunda Seção. É lícita a capitalização anual de juros em conta corrente. É defeso cobrar comissão de permanência não pactuada no instrumento. Incide a Súmula 294 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 897.148/MT. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, 20 de setembro de 2007).

¹⁶ CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REDE CONVENIADA. ALTERAÇÃO. DEVER DE INFORMAÇÃO ADEQUADA. COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA ASSOCIADO. NECESSIDADE. 1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. 2. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. 3. A rede conveniada constitui informação primordial na relação do associado frente à operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão

quanto à contratação e futura manutenção do vínculo contratual. 4. Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais. 5. Recurso especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.144.840-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 20/03/2012).

¹⁷ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO. CDC. BOA-FÉ OBJETIVA. 1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado. 2. No caso, a empresa de saúde realizou a alteração contratual sem a participação do consumidor, por isso é nula a modificação que determinou que a assistência médico hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado à determinada tabela. Violação dos arts. 46 e 51, IV e § 1º do CDC. 3. Por esse motivo, prejudicadas as demais questões propostas no especial. 4. Recurso especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 418.572-SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 10/03/2009).

¹⁸ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

¹⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; (...).

²⁰ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...).

²¹ No sentido de que a expressão “nulidade de pleno direito” serviu para reforçar o caráter de nulidade absoluta de todas as cláusulas abusivas: SCHMITT, 2008, p. 139-40.

²² Art. 684. São nulidades de pleno direito: § 1º Aquellas que a lei formalmente, pronuncia em razão da manifesta preterição de solemnidades, visível pelo mesmo instrumento ou por prova litteral (arts. 129 §§ 1º, 2º, 3º e 5º, 677 §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 7º e 8º, 656, 827 e 828 [do] Código [Comercial]). § 2.º Aquellas que, posto não expressas na lei, se subentendem por ser a solemnidade que se preteriu substancial para a existencia do contrato e fim da lei, como si o instrumento é feito por official publico incompetente; sem data e designação do logar; sem subscrição das partes e testemunhas; não sendo lido ás partes e testemunhas antes de assignado.

²³ Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “A nulidade corresponderia, em linha geral, à nulidade de pleno direito e absoluta, do Regulamento 737, e a anulabilidade à nulidade dependente de rescisão, e à relativa” (1994, p. 26).

²⁴ Nada obstante, algumas poucas leis esparsas, posteriores ao código de 1916, voltaram a expressar as nulidades de pleno direito. São exemplos, provavelmente em extremidades temporais: o Decreto 22.626, de 07/04/1933 (Lei da Usura) e a Lei 8.245, de 18/10/1991 (Lei de Locações).

²⁵ Dispõe nesse sentido o Código Civil em vigor: “Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

²⁶ Ao atribuir a todas as cláusulas abusivas a sanção única de nulidade, a legislação brasileira diferenciou-se de algumas legislações europeias, nomeadamente de Portugal e da Alemanha, que optaram por duas listas de cláusulas proibidas (Portugal) ou ineficazes (Alemanha), uma de cláusulas nulas em contratos com consumidores, e outra de cláusulas relativamente nulas ou ineficazes em contratos entre empresas ou profissionais.

²⁷ Nesse sentido, a doutrina. Por todos, Cláudio Bonatto (2001, p. 40-1).

²⁸ Não paira dúvida sobre a imperiosidade de o juiz agir de ofício frente a uma cláusula contratual abusiva na União Europeia, conforme se verifica de três dos últimos acórdãos nessa matéria do Tribunal de Justiça da União Europeia. Primeiro acórdão: “62008CJ0243: Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 4 de junho de 2009. Pannon GSM Zrt. contra Erasébet Susttikné Györi. Pedido de decisão prejudicial: Budörsi Városi Bíróság – Hungria. Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores – Efeitos jurídicos de uma cláusula abusiva – Poder e dever do órgão jurisdicional nacional de examinar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula atributiva de jurisdição – Critérios de apreciação. Processo C-243/08”. Segundo acórdão: “62011CJ0472: Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 21 de fevereiro de 2013. Banif Plus Bank Zrt contra Csaba Csipai e Viktória Csipai. Pedido de decisão prejudicial: Fövárosi Bíróság (atualmente Fövárosi Tövészék) – Hungria. Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores – Exame oficioso, pelo juiz nacional, do carácter abusivo de uma cláusula contratual – Obrigação do juiz nacional que reconheceu oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula convidar as partes a apresentar as suas observações, antes de tirar as consequências desse reconhecimento – Cláusulas contratuais que devem ser tidas em conta no exame do carácter abusivo. – Processo C-472/11”. Terceiro acórdão: “62011CJ0397: Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 30 de maio de 2013. Erika J”prös contra Aegon Magayraorság Hitel Zrt. Pedido de decisão prejudicial: Fövárosi Bíróság – Hungria. Directiva 93/13/CEE – cláusulas abusivas que figuram nos contratos celebrados com os consumidores – Exame oficioso, pelo juiz nacional, do carácter abusivo de uma cláusula contratual – Consequências a retirar pelo juiz nacional da declaração do carácter abusivo da cláusula – Processo C-397/11”. Lê-se no acórdão: “(...) Quanto às questões prejudiciais. *Quanto à terceira questão.* 23 Através desta questão, que deve examinar-se em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a Directiva 93/13 deve ser interpretada no sentido de que um órgão jurisdicional nacional, chamado a conhecer em sede de recurso um litígio sobre a validade de cláusulas incluídas num contrato celebrado entre um profissional e um consumidor com base num formulário pré-redigido pelo profissional, tem o direito de examinar o carácter abusivo das cláusulas controvertidas se essa causa de invalidade não tiver sido invocada em primeira instância, quando, segundo o direito nacional, não podem, regra geral, ser tidos em conta factos novos ou provas novas em sede de recurso. 24. A título preliminar, deve salientar-se que, como sublinhou a Comissão Europeia, a decisão de reenvio não contém nenhuma indicação quanto à apresentação, pelas partes no litígio no processo principal, na fase de recurso, de factos ou de elementos de prova novos. Na medida em que a terceira questão deva ser interpretada no sentido de que incide, em parte, no ponto de saber se um órgão

jurisdicional de recurso, chamado a conhecer de um litígio sobre a validade de cláusulas incluídas num contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, é obrigado a aceitar a apresentação de factos ou de elementos de prova novos, essa parte da questão é, portanto, hipotética e, nessa medida, inadmissível (v., designadamente, por analogia, acórdão de 29 de janeiro de 2013, Radu, C-396/11, nº 24). 25. Com vista a responder à parte admissível da questão, deve recordar-se que o artigo 6º, nº 1, da Diretiva 93/13, segundo o qual as cláusulas abusivas não vinculam os consumidores, constitui uma disposição imperativa destinada a substituir o equilíbrio formal que o contrato de crédito estabelece entre os direitos e as obrigações dos cocontratantes por um equilíbrio real capaz de restabelecer a igualdade entre eles (v., designadamente, acórdãos de 14 de junho de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, ainda não publicado na Coletânea, nº 40, e de 21 de fevereiro de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, nº 20). 26. A fim de assegurar a proteção pretendida pela Diretiva 93/13, o Tribunal de Justiça já sublinhou, em várias ocasiões, que a situação de desigualdade existente entre o consumidor e o profissional só pode ser compensada por uma intervenção positiva, alheia às partes no contrato (v., designadamente, acórdãos, já referidos, Banco Español de Crédito, nº 41, e Banif Plus Bank, nº 21 e jurisprudência aí referida). 27. É em razão dessa consideração que o Tribunal de Justiça tem decidido que o juiz nacional, desde que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para o efeito, é obrigado a apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contratual abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 93/13 e, deste modo, a suprir o desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional (v., designadamente, acórdãos, já referidos, Banco Español de Crédito, nºs 42 a 44, e Banif Plus Bank, nºs 22 a 24). 28. Por conseguinte, o papel que é atribuído pelo direito da União ao juiz nacional no domínio considerado não se limita à simples faculdade de se pronunciar sobre a natureza eventualmente abusiva de uma cláusula contratual, mas comporta também a obrigação de apreciar oficiosamente essa questão, desde que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para o efeito (v., designadamente, acórdãos, já referidos, Banco Español de Crédito, nº 43, e Banif Plus Bank, nº 23) (...). (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Primeira Secção. 30 de maio de 2013). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011CJ0397&rid=2>. Acesso em 09/12/2014).

²⁹ Constam como precedentes: AgRg nos EREsp 801421-RS, AgRg no REsp 782895-SC, AgRg no REsp 1006105-RS, AgRg no REsp 1028361-RS, EREsp 645902-RS, REsp 541153-RS, REsp 1042903-RS, REsp 1061530-RS.

³⁰ No sentido de que a Súmula 381 afronta direitos fundamentais, Alexandre Torres Petry (2012). Na mesma esteira, Bruno Miragem considera que há violação da ordem pública de proteção do consumidor (2009, p. 63). Fábio de Souza Trajano acompanha o mesmo entendimento, afirmando que a Súmula 381 acaba por derogar normas de ordem pública pela vontade das partes, ignorando a força vinculativa do mandamento constitucional de defesa do consumidor, a qual deveria prevalecer sobre normas processuais (2010, p. 51).

³¹ Do voto do Relator: “O Tribunal de origem, contudo, a despeito de constar recurso de apelação exclusivo da ré, alterou, de ofício, os ditames da sentença (...). Ao assim proceder, a Corte local ofendeu o princípio do “tantum devolutum quantum appellatum”, operando reforma da sentença para pior, o que é vedado, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, ainda que se trate de relação amparada pelo Código de Defesa do Consumidor.”

³² Por exemplo, no seguinte aresto: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. 1 – RECONHECIMENTO DA ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE OFÍCIO. SÚMULA 381. 2 – PRISÃO CIVIL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. 3 – VEDAÇÃO DA ‘REFORMATIO IN PEJUS’. 4 – AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER E PARCIALMENTE PROVER O RECURSO ESPECIAL, REFORMANDO O ARESTO RECORRIDO E RESTABELECENDO A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU EM SEU INTEIRO TEOR (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 765.919-RS. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 07/04/2011).

³³ Súmula 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

³⁴ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO QUE OPERAM PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO. NECESSIDADE DE REGISTRO PERANTE OS CONSELHOS REGIONAIS DE MEDICINA OU DE ODONTOLOGIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. INTERPRETAÇÃO DE NORMA INSERTA EM RESOLUÇÃO NORMATIVA. INVIABILIDADE. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO “TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM” E DA PROIBIÇÃO DA “REFORMATIO IN PEJUS”. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. As pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, seja em que modalidade for, estão submetidas às disposições contidas na Lei nº 9.656/98 que, em seu artigo art. 8º, inciso I, exige registro nos Conselhos Regionais de Medicina ou de Odontologia como condição para obter autorização de funcionamento. 3. Ausente o prequestionamento de dispositivos apontados como violados no recurso especial, sequer de modo implícito, incide o disposto na Súmula nº 282/STF. 4. As resoluções, ainda que tenham caráter normativo, não se enquadram no conceito de lei federal inserido no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal. 5. Ofende os princípios do “tantum devolutum quantum appellatum” e da proibição da “reformatio in pejus” a alteração da sentença de primeiro grau, de ofício, pelo Tribunal local com fundamento no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, ainda que se trate de relação amparada pelo Código de Defesa do Consumidor. 6. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.106.887-CE Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, 15/08/2013).

³⁵ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE DETERMINAVA A FORMA DE DEVOUÇÃO DO VRG. INCABÍVEL DE DEBATE NESTA CORTE. SUM. 5/STJ. INCIDÊNCIA. 1. Não há falar em conhecimento do recurso especial que busca desconstituir decisão do Tribunal de origem que entendeu nula cláusula contratual que determinava a forma de devolução do VRG, ante o enunciado da Súmula 5/STJ. 2. Inexiste óbice a que o Tribunal estadual entenda nula cláusula contratual violadora de direitos do consumidor, como ocorre no caso ora em exame, em que há, inclusive, pedido da parte nesse sentido; assim, não há falar em incidência da

Súmula 381/STJ. 3. Agravo regimental não provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 475.164-MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 18/09/2014).

³⁶ AÇÃO REVISIONAL. SFH. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. NÃO OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 381/STJ. JULGAMENTO EXTRA PETITA (ARTS. 128 E 460 DO CPC). INEXISTÊNCIA. PETIÇÃO INICIAL. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. PRECEDENTES. 1. Pronuncia-se a não ocorrência do reconhecimento, de ofício, da abusividade de cláusula contratual se, nas razões da apelação, houve a provocação do Tribunal de origem, que acolheu a insurgência. Inaplicável, portanto, a Súmula n. 381/STJ. 2. Se os fatos narrados na peça preambular e a causa de pedir ajustam-se, plenamente, à natureza do provimento conferido ao autor pelo acórdão recorrido, não há falar em julgamento extra petita (arts. 128 e 460 do CPC). 3. Na aplicação do direito à espécie, o magistrado deve decidir os pontos controversos nos limites das balizas prescritas pelo autor, atendo-se aos requerimentos ao final postulados, sem, contudo, abster-se da interpretação lógico-sistemática das questões desenvolvidas na petição inicial. Precedentes do STJ. 4. Agravo regimental provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1198163-SC. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 23/09/2014).

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Cláusulas abusivas no código do consumidor*. In: MARQUES, Claudia Liam (coord.). Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BENJAMIN, Antônio H. In: OLIVEIRA, Juarez (Coord.) *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1991.

BENJAMIN, Antônio Herman; Marques, Claudia Lima; BESSA, LEONARDO ROSCOE. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Tradução para o espanhol de A. Martín Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940(?).

BONATTO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CAPOBIANCO, Ernesto. In: ROPPO, Vincenzo (diretto da). *Trattato del contratto*. Vol. II: *Regolamento*. A cura di Giuseppe Vettori. Milano: Giuffrè, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Cláusulas abusivas: a opção brasileira*. In: MARQUES, Claudia Liam (coord.). Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 72, out.-dez. 2009, p. 41-77.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. Comentários aos artigos 46 a 54. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*, nº 64, São Paulo: abr.-jun., 1993.

PETRY, Alexandre Torres. A Súmula 381 do STJ como afronta ao sistema dos direitos fundamentais. *Direito & Justiça*, vol. 38, nº 2. Porto Alegre, jul.-dez. 2012, p. 106-19.

TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 73, jan.-mar. 2010, p. 51.

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO: A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DO TJMG

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA*

Professora decana de Direito Econômico dos cursos de graduação e
pós-graduação da UFMG

LUCIANA GONÇALVES NUNES**

Doutoranda e Mestre em Direito pela UFMG

RESUMO

O presente trabalho visa promover uma reflexão sobre o possível caráter abusivo de cláusulas contratuais que estabelecem a cobrança de determinadas tarifas em contratos de financiamento. Observa-se significativa mudança no entendimento sobre o tema, em nível nacional, firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir da revogação da Resolução CMN 2.303/1996 e vigência da Resolução CNM 3.518/2007. A fixação de teses pela referida corte, em sede de recurso repetitivo, no julgamento do REsp 1.251.331/RS e do REsp 1.255.573/RS, reflete no posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Todavia, as interpretações empreendidas pela jurisprudência pátria merecem ser debatidas e criticadas, à luz dos princípios informadores do Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

This paper aims to promote a reflection on the unconscionability of contractual clauses that establish the charging of certain bank fees in financing agreements. A significant change in the understanding of the Superior Court of Justice is noted, since the revocation of CMN Resolution 2.303/1996 and validity of CNM Resolution 3.518/2007. The setting of theses by that Court, in place of repetitive action, in the judgment of REsp 1.251.331/RS and REsp 1.255.573/RS reflected in the understanding adopted by the TJMG. However, the interpretation undertaken by the country jurisprudence deserves to be discussed and criticized in the light of the principles carved in the Consumer Protection Code.

* Outras qualificações da autora

Vice-Presidente do Brasilcon – Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor. Doutora, mestre e especialista em Direito Econômico pela UFMG. Assessora-chefe de gestão estratégica do Supremo Tribunal Federal.

** Outra qualificação da autora

Analista de gestão e políticas públicas em desenvolvimento do Estado de Minas Gerais.

1. Introdução

Este artigo busca promover uma reflexão sobre o caráter abusivo de cláusulas contratuais que estabelecem tarifas de abertura de crédito e de emissão de carnê, cobradas pelas instituições financeiras nos contratos de financiamento com alienação fiduciária em garantia, à luz da jurisprudência brasileira.

Para tanto, delimita-se o conceito de abusividade e o tratamento jurídico dispensado à matéria pelas resoluções exaradas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). São apresentados julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que apontam o início da divergência e a evolução do tema, até o firmamento de teses, em sede de recurso repetitivo, no REsp 1.251.331/RS e no REsp 1.255.573/RS.

Adiante, é traçado um breve histórico das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e os reflexos sentidos a partir da mudança jurisprudencial do STJ. Por fim, são tecidas algumas considerações atinentes à atual posição dispensada à matéria, concluindo-se pela necessidade de se reconhecer a abusividade das cláusulas contratuais em estudo, todavia sem delimitação temporal, ao contrário do firmado pelo STJ.

2. A abusividade segundo o Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) não define abusividade, devendo esta ser analisada sob o ângulo da boa-fé objetiva, independentemente do elemento subjetivo. Isso porque “em nenhum momento a Lei 8.078/90 exige a má-fé, o dolo do fornecedor para caracterização da abusividade da cláusula”¹.

A boa-fé objetiva, por sua vez, “representa o padrão ético de confiança e lealdade indispensável para a convivência social”, de modo que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas².

Em suma, entende a melhor doutrina nacional serem consideradas abusivas as cláusulas “que caracterizam lesão enorme ou violação ao princípio da boa-fé objetiva, funcionando estes dois princípios como cláusulas gerais do Direito, a atingir situações não reguladas expressamente na lei ou no contrato”³.

Por conseguinte, é de se destacar que a abusividade de determinadas tarifas bancárias não pode ser definida *a priori*, perpassando pelo exame

casuístico, especialmente para fins de identificação de uma possível violação ao princípio da boa-fé objetiva.

3. Os contratos de financiamento com alienação fiduciária em garantia

O financiamento é prática comum de concessão de crédito no mercado de consumo, e que possibilita o parcelamento do pagamento na compra de bens, sejam eles móveis ou imóveis.

O presente artigo, contudo, limita-se à análise de tarifas cobradas nos contratos de financiamento com alienação fiduciária em garantia de bens móveis, tendo como credor fiduciário instituição financeira.

É de se recordar que há regime jurídico dúplice a disciplinar a propriedade fiduciária de bens móveis: (i) o preconizado pelo Código Civil (arts. 1.361 a 1.368), que se refere a bens móveis infungíveis, quando o credor fiduciário for pessoa natural ou jurídica; (ii) o estabelecido no art. 66-B da Lei 4.728/65 (acrescentado pela Lei 10.931/04) e no Decreto-Lei 911/69, relativo a bens móveis fungíveis e infungíveis, quando o credor fiduciário for instituição financeira (STJ, 4ª Turma, REsp 1.101.375/RS, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, DJe de 01/07/2013).

Via de regra, o financiamento é realizado por instituição financeira, que atrela o empréstimo em dinheiro à garantia da alienação fiduciária. Em outros termos, o financiamento, pela instituição financeira, vincula-se à transferência da propriedade pelo devedor-fiduciante (consumidor) ao credor-fiduciário (instituição financeira), até que seja verificado o completo pagamento. Melhim Chalub elucida:

Em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor-fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal.⁴

Para além da garantia de alienação fiduciária, as instituições financeiras costumavam, ou ainda costumam, exigir o pagamento de tarifas, entre as quais: (i) tarifa de abertura de crédito; (ii) tarifa de cadastro; (iii) tarifa de emissão de carnê⁵.

A tarifa de abertura de crédito corresponde ao valor cobrado do consumidor para a realização de pesquisa prévia à aprovação do crédito

solicitado, de modo a ser averiguada a capacidade financeira do cliente e reduzir o risco de inadimplência. Essa tarifa era passível de cobrança até o advento da Resolução CMN 3.518/2007, ou seja, até 30 de abril de 2008, data da entrada em vigor desta resolução.

A tarifa de cadastro, por sua vez, corresponde à realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósitos à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil. Foi instituída pela Circular do Banco Central do Brasil (BACEN) 3.371/2007 que regulamentou o art. 3º da Resolução CMN 3.518/2007, vigorando a partir de 30 de abril de 2008, e hoje se encontra expressamente prevista na Resolução CMN 3.919/2010.

Note-se que a atual tarifa de cadastro não se confunde com a antiga tarifa de abertura de crédito, porquanto esta era usualmente cobrada sobre qualquer operação de crédito, mesmo que o tomador fosse cliente do estabelecimento bancário; aquela, a seu turno, somente pode incidir no início do relacionamento entre o cliente e a instituição financeira, justificando-se pela necessidade de se ressarcir custos com a realização de pesquisas em cadastros, bancos de dados e sistemas.

A tarifa de emissão de carnê, a seu turno, corresponde ao valor cobrado do consumidor por cada boleto emitido pela instituição financeira. Essa modalidade de tarifa era passível de cobrança até o advento da Resolução CMN 3.518/2007, ou seja, até 30 de abril de 2008, data de entrada em vigor desta resolução. Passou, essa tarifa, a ser expressamente vedada com a Resolução CMN 3.693/2009, vigente a partir de 26 de março de 2009.

A controvérsia sobre a abusividade dessas tarifas foi, em um primeiro momento, tratada pelo STJ, segundo o que diz a Resolução CMN 2.303/1996. Recentemente, em sede de recurso repetitivo⁶, o tema foi abordado à luz do que dispõe a Resolução CMN 3.518/2007 e seguintes.

A jurisprudência no tema foi alterada em razão do tratamento dispensado pelas resoluções do CMN⁷. Adiante, serão expostos os posicionamentos adotados pelo STJ e seu reflexo na jurisprudência do TJMG em relação à matéria.

A abusividade
de determinadas
tarifas bancárias
não pode
ser definida
a priori

4. O entendimento firmado no tema pelo STJ à luz da Resolução CMN 2.303/1996

A Resolução CMN 2.303/1996, alterada pela Resolução 2.747/2000, vedava, às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, a cobrança de remuneração pela prestação de determinados serviços considerados, pela norma, como serviços de caráter obrigatório⁸.

Segundo a 2ª Seção do STJ, ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista. Em outros termos, era facultada às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços que não obrigatórios, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente⁹.

O tema comportava assaz divergência jurisprudencial. Entendia-se, por um lado, que a tarifa de abertura de crédito, de emissão de boletos, entre outras, seriam custos relacionados à cobrança do crédito concedido ao cliente, caracterizando-se como valores inerentes à atividade econômica desempenhada pela instituição financeira.

Por conseguinte, não poderiam ser repassadas diretamente ao devedor, ainda que houvesse previsão contratual nesse sentido, devendo, portanto, ser excluídas tais cobranças. O fundamento pautava-se, a uma, na ofensa ao art. 46, primeira parte, do CDC¹⁰; a duas, na incidência do art. 51, inc. IV, do CDC¹¹. O TJMG, inclusive, possuía julgados nesse sentido, como será visto adiante.

Por outro lado, vários julgados defendiam, como regra, a legalidade das tarifas cobradas pelas instituições financeiras. Essa foi a posição unânime da 2ª Seção do STJ, lastreada em acórdão da relatoria do ministro João Otávio de Noronha¹², de meados de 2010 até o ano de 2012:

*As tarifas de abertura de crédito (TAC) e emissão de carnê (TEC), por não estarem encartadas nas vedações previstas na legislação regente (Resoluções 2.303/1996 e 3.518/2007 do CMN), e ostentarem natureza de remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor, quando efetivamente contratadas, consubstanciam cobranças legítimas, sendo certo que somente com a demonstração cabal de vantagem exagerada por parte do agente financeiro é que podem ser consideradas ilegais e abusivas, o que não ocorreu no caso presente (STJ, 4ª Turma, REsp 1.246.622/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, DJe 16/11/2011).*¹³

Nessa linha de raciocínio, a abusividade da cobrança das tarifas seria exceção, a depender se “demonstrada de forma objetiva e cabal a vantagem exagerada extraída por parte do recorrente que redundaria no desequilíbrio da relação jurídica, e por consequência, na ilegalidade da sua cobrança”¹⁴.

No julgamento do REsp 1.270.174/RS, reiterando a legalidade das tarifas, a ministra relatora, Maria Isabel Gallotti, sustentou que “as normas regulamentares editadas pela autoridade monetária facultam às instituições financeiras, mediante cláusula contratual expressa, a cobrança administrativa de taxas e tarifas para a prestação de serviços bancários não isentos”. No seu entendimento, em observância ao princípio da clara informação ao consumidor, melhor a cobrança pelos diversos tipos de serviços bancários sob a forma de tarifas devidamente divulgadas e pactuadas com o correntista do que sua cobrança embutida na taxa de juros remuneratórios.

A ministra defendeu que as tarifas somente poderiam ser pagas pelo consumidor que pactuasse cada um dos serviços prestados pela instituição financeira. Ao contrário, se o custo dos serviços bancários integrasse, obrigatoriamente, a taxa de juros remuneratórios, todos os tomadores de empréstimo pagariam pela generalidade dos serviços, independentemente de utilização. Assim, a discriminação dos encargos contratuais em nada oneraria o consumidor, mas atenderia ao princípio da transparência e da informação.

O julgamento do REsp 1.270.174/RS, todavia, rompeu a unanimidade da 2ª Seção do STJ, no ano de 2012. O ministro Paulo de Tarso reviu seu posicionamento, para reconhecer que a cobrança da tarifa de abertura de crédito e da tarifa de emissão de carnê seria abusiva e incompatível com o princípio da boa-fé objetiva, que norteia as relações de consumo.

Na esteira de seu entendimento, ambas as tarifas se prestariam tão somente a ressarcir a instituição financeira pelas despesas ocasionadas pelo contrato, não implicando qualquer benefício direto ao consumidor. Por conseguinte, aumentariam sensivelmente a prestação a que o consumidor se obriga, sem que, no entanto, lhe fosse dada transparência.

O ministro reconheceu que, tratando-se de relação firmada no âmbito do direito privado, não haveria, em princípio, óbice à previsão contratual de tarifas destinadas exclusivamente a cobrir os custos administrativos de uma das partes contratantes. Todavia, destacou que o princípio da autonomia privada teria sua aplicação limitada em contratos de consumo, em razão da vulnerabilidade do consumidor no mercado massificado, presumida pelo art. 4º do CDC, que autoriza a existência de normas de proteção destinadas a garantir o equilíbrio entre as partes contratantes. Ademais, a autonomia

privada mostrar-se-ia ainda mais limitada em contratos de adesão, como ocorre nos contratos de financiamento, em que, por não ter o aderente a possibilidade de negociar as cláusulas contratuais, não poderia se obrigar sem o prévio conhecimento do conteúdo do contrato ou a exata compreensão das cláusulas, nos termos do art. 46 do CDC.

Ao sentir desse novo posicionamento do ministro, as tarifas de abertura de crédito e de emissão de carnê não poderiam ser cobradas, por violarem o princípio da boa-fé e por afrontarem os deveres anexos de transparência e de informação, de observância cogente nas relações de consumo. Por conseguinte, as cláusulas estipuladas unilateralmente em contrato de adesão com previsão de cobrança dessas tarifas seriam abusivas e, com fundamento no art. 51, inc. IV, do CDC, nulas de pleno direito. Reafirme-se que o ministro alterou seu posicionamento, filiando-se à primeira corrente apresentada, que entendia pela abusividade dessas tarifas ainda na vigência da Resolução CMN 2.303/1996.

A ministra Nancy Andrighi, a seu turno, pontuou, em seu voto-vista no referido processo, a edição da Resolução CMN 3.693/2009, que vedou a cobrança de taxa sobre “emissão de boletos de cobrança, carnê e assemelhados”. Destacou que, conquanto a reiterada jurisprudência do STJ – no sentido de que a transferência desses custos ao consumidor não poderia, por si só, justificar a abusividade – a própria autoridade reguladora do mercado financeiro, a partir de 26 de março de 2009, reconheceu a abusividade dessa cobrança. Nas palavras da ministra:

Se essa abusividade foi reconhecida pela própria autoridade reguladora para o período posterior à Resolução 3.693/2009, vedando-se de maneira cabal sua cobrança, por que não poderia o judiciário, analisando as normas contidas no CDC, dar a mesma interpretação também com relação à respectiva cobrança nos contratos mais antigos? (STJ, 2ª Seção, REsp 1.270.174/RS, Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, DJe de 05/11/2012)

A ministra ressaltou que a norma que regulamenta a elaboração de todos os contratos de financiamento, em última análise, não seria a Resolução CMN 3.693/2009, mas o CDC, com suas disposições de caráter aberto, carentes de complementos de interpretação. Assim, a aludida resolução, ao reconhecer a abusividade de uma tarifa para contratos assinados a partir de sua vigência, apenas revelaria “uma abusividade que, em última análise, sempre esteve presente, mesmo porque as resoluções do CMN, como ato administrativo secundário, somente podem conter o que já estaria previamente autorizado pela Lei”. Note-se que a Resolução CMN 3.693/2009 apenas passou a vedar a tarifa de emissão de carnê. Assim, a ministra entendeu ser necessária a

aplicação do mesmo raciocínio à tarifa de abertura de crédito, “uma vez que tanto uma, como outra, consubstanciam cobranças impostas ao consumidor, sem um serviço a ele prestado como contrapartida”.

Nesse ponto, parece merecer uma pequena, mas sensível, elucidação à ponderação da ministra Nancy Andrichi. É que aparenta ser desnecessária a analogia por ela feita, para alcançar a tarifa de abertura de crédito, na medida em que a Circular BACEN 3.371, de 6 de dezembro de 2007, que regulamentou a Resolução CMN 3.518/2007¹⁵, estabeleceu, claramente, que a mera abertura de crédito não configuraria serviço passível de cobrança. Assim, a partir de 30 de abril de 2008, data da entrada em vigor da Resolução CMN 3.518/2007, antes mesmo da vedação estabelecida para a tarifa de emissão de carnê, já era ilegal a cobrança da tarifa de abertura de crédito.

5. O entendimento firmado pelo STJ à luz da Resolução CMN 3.518/07 e seguintes

Ao analisar o REsp 1.270.174/RS, indicou-se que, no entendimento do STJ, ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, facultava-se às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos¹⁶, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente.

Prevalcia a lógica não intervencionista, de que as instituições financeiras, com exceção dos serviços básicos, poderiam tarifar todos os demais serviços, contanto que sua relação e respectivos valores, a periodicidade da cobrança e a informação de que os valores foram estabelecidos pela própria instituição fossem afixados em quadro visível ao público¹⁷.

Tal sistemática, contudo, foi alterada com a Resolução CMN 3.518/2007, eficaz a partir de 30 de abril de 2008, data em que se tornou revogada a Resolução CMN 2.303/1996. Buscou-se padronizar a nomenclatura das tarifas, de modo a tornar viável a comparação pelos consumidores dos valores cobrados por cada serviço. Assim, os serviços foram classificados em quatro categorias: (i) essenciais; (ii) prioritários; (iii) especiais; (iv) diferenciados.

Os serviços essenciais seriam aqueles que não poderiam ser cobrados dos clientes, previstos no art. 2º da Resolução CMN 3.518/07. Já os serviços prioritários, aqueles prestados a pessoas físicas e relacionados às contas de depósito, transferências de recursos, operações de crédito e cadastro, definidos pelo Bacen.

Em observância ao disposto no art. 3º da Resolução CMN 3.518/2007, o Bacen editou a Circular 3.371, de 6 de dezembro de 2007, definindo, na tabela I, os serviços prioritários relacionados a contas de depósitos, transferências de recursos, operações de crédito e cadastro; na tabela II, o pacote padronizado de serviços prioritários cujo oferecimento obrigatório foi previsto no art. 6º da aludida resolução. Estabeleceu, ainda, que a cobrança de tarifas por serviços prioritários não previstos nas tabelas I e II dependeria de autorização do Banco Central.

Note-se que, na tabela I, não constou nem a tarifa de abertura de crédito, nem a tarifa de emissão de carnê. Por outro lado, a Circular Bacen 3.371/2007 passou a prever a tarifa de cadastro¹⁸.

Não obstante inexistir amparo legal para cobrança de ambas as tarifas desde a Circular Bacen 3.371/2007, a Resolução CMN 3.693/2009 passou expressamente a vedar, a partir de 26 de março de 2009, a tarifa de emissão de boletos de cobrança, carnê e assemelhado.

Por fim, a Resolução CMN 3.919/2010, hodierno diploma normativo em vigor, alterou e consolidou as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições, revogando, a partir de 1º de março de 2011, as Resoluções 3.518/2007 e 3.693/2009.

Atualmente, os serviços continuam a ser classificados nas categorias de essenciais, prioritários, especiais e diferenciados. Os primeiros não são passíveis de tarifação. Já os prioritários são definidos pelo art. 3º da própria resolução como aqueles relacionados a contas de depósitos, transferências de recursos, operações de crédito e de arrendamento mercantil, cartão de crédito básico e cadastro, devendo a cobrança de tarifas pela prestação de serviços incluídos nesta categoria observar a lista de serviços, a padronização, as siglas e os fatos geradores da cobrança estabelecidos na tabela anexa à resolução.

Observa-se que a aludida tabela não prevê a tarifa de abertura de crédito nem de tarifa de emissão de carnê, de modo a permanecer ilícita sua estipulação¹⁹. Por outro lado, continua possível a cobrança de tarifa de cadastro.

Nas palavras da ministra Maria Isabel Gallotti:

Em síntese, não estando listadas entre as tarifas passíveis de cobrança por serviços prioritários na Resolução CMN 3.518/2007 e respectiva Tabela I da Circular BACEN 3.371/2007, eficaz a partir de 30.4.2008, nem na Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011, a Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de

Carnê (TEC) deixaram de ser legitimamente passíveis de pactuação com a entrada em vigor da Resolução CMN 518/2007 [sic]. Os contratos que as estipularam até 30.4.2008 não apresentam eiva de ilegalidade, salvo demonstração de abuso, em relação às práticas de mercado em negócios jurídicos contemporâneos análogos (STJ, 2ª Seção, REsp. nº 1.251.331/RS e REsp. nº 1.255.573/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 22/11/2013 e 24/10/2013, respectivamente).

A edição de sucessivas resoluções pelo CMN trouxe significativas alterações no tratamento dispensado às tarifas bancárias. Dessarte, o tema voltou a ser apreciado pelo STJ, no final de 2013, no REsp 1.251.331/RS e REsp 1.255.573/RS, sob o manto do art. 543-C do Código de Processo Civil brasileiro, ou seja, em sede de recurso repetitivo²⁰. Duas teses foram firmadas pela 2ª Seção do STJ.

A primeira tese estabelece que, nos contratos bancários celebrados até 30 de abril de 2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96), seria válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito e de emissão de carnê, ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto. A segunda, dispõe que, com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30 de abril de 2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Logo, não mais tem respaldo legal a contratação da tarifa de emissão de carnê e da tarifa de abertura de crédito, ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Contudo, permanece válida a tarifa de cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira²¹.

O julgamento do REsp 1.251.331/RS e do REsp 1.255.573/RS comportou votos divergentes. A ministra Nancy Andrighi reiterou seu posicionamento, expresso no REsp 1.270.174/RS, julgado em 10 de outubro de 2012, no sentido de que a vedação às tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê “pode e deve ser reputada como contida na previsão do art. 51, IV, do CDC, independentemente de qualquer ato administrativo posterior”. Em outros termos, a ministra voltou a reconhecer a abusividade de ambas as tarifas sem delimitação temporal, por constituírem “cobranças impostas ao consumidor, sem um serviço a ele prestado como contrapartida”.

Permanece válida a tarifa de cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária

Nessa mesma linha, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino enfatizou seu posicionamento, expresso no REsp 1.270.174/RS, de que se deve reconhecer a abusividade das tarifas estipuladas unilateralmente em contrato de adesão, com fundamento no art. 51, IV, do CDC, sendo estas nulas de pleno direito. Em outros termos, o ministro novamente entendeu pela abusividade de ambas as tarifas sem delimitação temporal.

6. O entendimento adotado pelo TJMG

Conforme pontuado alhures, o tema da cobrança de algumas tarifas bancárias – enfatizando-se as tarifas de abertura de crédito e de emissão de carnê, porquanto objeto de recurso repetitivo – era bastante controverso na jurisprudência.

Em algumas câmaras do TJMG, sob a vigência da Resolução CMN 2.303/1996, defendia-se a ilegalidade de uma ou de ambas as tarifas:

A cobrança das tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê viola o art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual são nulas de pleno direito (TJMG, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0145.08.467841-9/001, Relator Des. José Antônio Braga, DJe de 08/09/2009).

Mostra-se indevida e abusiva a cobrança de valor referente aos custos de emissão do boleto bancário, devendo a instituição financeira excluir a cobrança, pois não é legítimo transferir ao consumidor o ônus dessa obrigação, condicionando o direito de quitação regular ao pagamento de quantia que vai além da dívida contratada (TJMG, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0145.07.418458-4/001, Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, DJe de 30/11/2009).

O tomador do empréstimo não pode ser compelido a arcar com o custo do serviço contratado pelo mutuante junto à outra instituição financeira para o recebimento do seu crédito, pelo que se torna inexigível a “taxa de emissão de boleto” [...] (TJMG, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0011.08.018.924-1/001, Relator Des. Marcos Lincoln, DJe de 23/01/2009).

Noutro giro, em outras câmaras, pugnava-se pela sua legalidade, na esteira do entendimento unânime firmado pela 3ª e 4ª Turma do STJ, até a divergência suscitada no REsp 1.270.174/RS, no ano de 2012. *In verbis:*

A cobrança da taxa de abertura de crédito – TAC – não é ilegal e nem abusiva, pois encontra-se expressamente estipulada e quantificada no contrato

(TJMG, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível 2.0000.00.499088-5/000, Relator Des. Francisco Kupidlowski, DJe de 24/09/2005).

Tendo sido prévia e expressamente pactuada entre as partes as tarifas de aprovação de crédito e de emissão de carnê/boleto bancário, não pode ser considerada ilegal a sua cobrança, inclusive por não serem vedadas em lei (TJMG, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0625.09.096640-3/001, Relator Des. Arnaldo Maciel, DJe de 13/12/2010).

Não há qualquer ilegalidade na cobrança de taxa de abertura de crédito (TAC), tendo ela por escopo remunerar a instituição financeira pelas despesas inerentes à concessão do crédito ao mutuário. O mesmo se pode dizer em relação à tarifa de emissão de carnê (TEC), que objetiva remunerar o banco pelo custo advindo da emissão do carnê de pagamento das prestações e se encontra também prevista no contrato (TJMG, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0672.09.382194-6/002, Relator Des. Eduardo Mariné da Cunha, DJe de 07/12/2010).

À luz da Resolução CMN 3.518/2007, no TJMG, ainda pairavam discussões entre diferentes câmaras e mesmo entre desembargadores de uma mesma câmara, como se pode inferir do seguinte julgado.

Por um lado, o desembargador relator, Luiz Carlos Gomes da Mata, defendia a abusividade da cobrança da taxa de abertura de crédito, invocando que o contrato examinado fora firmado após a edição da Resolução CMN 3.518/2007:

A propósito da cobrança da taxa de abertura de crédito – TAC, ao observar que o contrato é posterior à edição da Resolução n.º 3.518 do Conselho Monetário Nacional, de 06 de dezembro de 2007, porque o contrato foi firmado em 19/02/2008, vejo abusividade na sua contratação. A contratação posterior à exclusão da tarifa de abertura de crédito do rol de tarifas expressamente autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional, através da supracitada Resolução, que veio disciplinar a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por partes das instituições, importa em prática abusiva (TJMG, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0672.10.020027-4/001, Relator Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, DJe de 23/11/2011).

Por outro, o desembargador revisor, Francisco Kupidlowski, ressaltava sua legalidade:

Ouso divergir parcialmente do voto do Ilustre Desembargador Relator, especificamente no tocante a taxa de abertura de crédito. A cobrança da taxa de abertura de crédito não é ilegal e nem abusiva, pois tem por escopo remunerar a instituição financeira pelas despesas inerentes ao numerário concedido, porém,

deve ser expressamente estipulada e quantificada no contrato (TJMG, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0672.10.020027-4/001, Relator Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, DJe de 23/11/2011).

Nesse julgado prevaleceu o voto do revisor, apesar da fundamentação parecer questionável à luz da regulamentação vigente à época. *In verbis*:

A contratação da tarifa de abertura de crédito não implica em prática abusiva, desde que expressamente estipulada e quantificada no contrato. A cobrança de taxa de emissão de boletos no âmbito dos contratos de financiamento configura-se como abusiva, quando há imposição da forma de pagamento através de carnê emitido pelo credor (TJMG, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0672.10.020027-4/001, Relator Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, DJe de 23/11/2011).

Não obstante a edição da Resolução CMN 3.518 ser de 6 de dezembro de 2007, esta passou a vigor em 30 de abril de 2008, portanto depois da celebração do contrato, firmado em 19 de fevereiro de 2008, no caso em análise. Por conseguinte, *in casu*, ainda era possível tanto a cobrança da tarifa de abertura de crédito como de emissão de carnê, à luz da Resolução CMN 2.303/1996.

Para além da divergência observada no TJMG, a partir do final do ano de 2012, começa-se a observar alterações jurisprudenciais. A título ilustrativo, em embargos infringentes, o desembargador Arnaldo Maciel alterou seu posicionamento para entender que “deve ser tida por legal a cobrança das tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê, por não ser vedada em lei e ter sido prévia e expressamente pactuadas”, desde que o contrato seja anterior à vigência da Resolução CMN 3.518/2007, como ocorreu nos autos²².

A mudança gradativa pode ser atrelada às resoluções do CMN que passaram a vedar a cobrança das tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê, bem como ao julgamento do REsp 1.270.174/RS, ocorrido em 10 de outubro de 2012. Desse ponto em diante, a jurisprudência do TJMG passa a ser mais uníssona. Veja-se:

Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, de 30/04/2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitado às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil, sendo que tanto a tarifa de abertura de crédito como a tarifa de emissão de carnê – ou boleto – não foram previstas na tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e demais atos normativos que a sucederam, de forma tal que não é mais válida a sua pactuação em contratos posteriores a 30/04/2008. Ainda que o contrato não seja posterior a 30/04/2008, é ilegal a cobrança de tarifa de emissão de carnê se não está ela nele prevista (TJMG, 17ª Câmara

Cível, Apelação Cível 1.0024.09.701677-8/002, Relator Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, DJe 19/12/2013).

O TJMG, atualmente, de forma unânime²³, segue as teses firmadas pelo STJ, em sede de recurso repetitivo, no REsp 1.251.331/RS e REsp 1.255.573/RS, julgados no final de 2013:

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n.º 1.255.573/RS e REsp n.º 1.251.331/RS – recursos representativos da controvérsia e processados sob a sistemática prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil – firmou entendimento no sentido de ser legal a cobrança de tarifa de abertura de crédito (TAC) e de tarifa de emissão de carnê (TEC), desde que sejam pactuadas em contratos bancários celebrados até 30/4/2008, data da vigência da Resolução CMN 3.518/2007 (TJMG, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0707.12.021477-0/001, Relator Des. Alberto Diniz Junior, DJe de 28/11/2014).

De acordo com o C. Superior Tribunal de Justiça, em técnica de julgamento repetitivo, ficou sedimentado que atualmente não mais é “válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.” Lado outro, se houver cláusula expressa no contrato bancário, é legítima a cobrança de tarifa de cadastro e do IOF (Imposto sobre Operações Financeiras), independentemente da data da pactuação (TJMG, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0024.12.298778-7/002, Relator Des. Domingos Coelho, DJe de 27/11/2014).

Salvo quando caracterizada abusividade no caso concreto ou a comprovação da prática de venda casada, a cobrança de tarifa de emissão de boleto, faturas ou assemelhados somente é ilícita a partir de 30 de abril de 2008, data em a Resolução BACEN nº 3.371/2007, que implementou a Resolução BACEN nº 3.518/2007, passou a ter eficácia (TJMG, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0433.11.000176-8/003, Relator Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, DJe de 28/11/2014).

Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008. 6. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado

(TJMG, 16ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0693.09.094092-7, Relator Des. Batista de Abreu, DJe de 01/12/2014).

O STJ, em recente julgado (REsp nº. 1.251.331/RS), decidiu pela legalidade da tarifa de cadastro, desde que cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira (TJMG, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0672.12.010751-7/001, Relator Des. Roberto Vasconcellos, DJe de 20/11/2014).

Em síntese, apesar da jurisprudência majoritária da 2ª Seção do STJ pugnar pela legalidade das tarifas de abertura de crédito e de emissão de carnê até a Resolução CMN 3.518/2007, o TJMG não possuía entendimento firme a esse respeito. Somente após a decisão da corte, no REsp 1.270.174/RS e a estipulação de teses, em sede de recurso repetitivo, no REsp 1.251.331/RS e REsp 1.255.573/RS, passa-se a observar a uniformidade sobre o tema no TJMG.

7. Críticas ao posicionamento jurisprudencial

A principal divergência entre os ministros que compõem a 2ª Seção do STJ centra-se no que, de fato, seria mais benéfico para o consumidor.

A esse título, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino considera que o consumidor escolhe a instituição da qual tomará o empréstimo levando em consideração apenas a taxa de juros, violando, ao seu sentir, o princípio da transparência a cobrança de outras tarifas destinadas a repor os custos administrativos da concessão do financiamento.

A ministra Maria Isabel Gallotti, noutro giro, sustenta não haver violação ao CDC se os valores dos custos administrativos do contrato forem explicitados, de modo a maximizar a possibilidade de o consumidor verificar a taxa de juros real. Nesse sentido, sublinha que a Resolução CMN 3.517/2007 determina que as instituições financeiras devem informar o custo total da operação, intitulado Custo Efetivo Total (CET), que abrange taxa de juros, tributos, tarifas, seguros e outras despesas cobradas do cliente. Em outros termos, escreve:

Após a Resolução 3.517/2007, além da taxa de juros efetiva e dos demais encargos (inclusive as tarifas), deve constar do contrato o CET, parâmetro seguro para a comparação dos custos do financiamento almejado nas diferentes instituições financeiras, pelo consumidor atento aos encargos que irá assumir.²⁴

Assim, entende a ministra que a menção expressa e discriminada de todos os custos compreendidos no contrato possibilitaria melhor conhecimento e

margem de negociação pelo consumidor. Isso porque, segundo ela, “se os bancos forem proibidos de pactuar os custos administrativos ao lado da taxa de juros, ficará, a meu sentir, prejudicado o princípio da transparência, porque esses mesmos custos incrementarão da taxa de juros”.

Apontada a divergência travada no STJ, questiona-se qual seria o posicionamento que mais se aproxima dos princípios dispostos no CDC. Conforme o entendimento firmado pela 2ª Seção do STJ, em sede de recurso repetitivo, com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30 de abril de 2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Em outros termos, a corte estabeleceu, como marco temporal, o dia 30 de abril de 2008, para passar a considerar a abusividade das tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê.

Cumprir analisar, em primeiro plano, a delimitação temporal estabelecida pela corte, em 30 de abril de 2008. Parece controverso admitir que uma norma de cunho administrativo tenha o condão de definir a legalidade ou abusividade das tarifas.

A resolução é um meio pelo qual são expedidos atos administrativos. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é a fórmula pela qual se exprimem as deliberações dos órgãos colegiais”²⁵.

Por sua vez, o ato administrativo consiste em “providências jurídicas complementares da lei ou excepcionalmente da própria Constituição, sendo aí estritamente vinculadas, a título de lhes dar cumprimento”²⁶. Por isso, diferencia-se da lei, como leciona o referido autor:

*É que os atos administrativos são infralegais e nas excepcionalíssimas hipóteses em que possa acudir algum caso atípico de ato administrativo imediatamente infraconstitucional (por já estar inteiramente descrito na Constituição um comportamento que a Administração deva obrigatoriamente tomar mesmo à falta de lei sucessiva) a providência jurídica da Administração será, em tal caso, ao contrário da lei, plenamente vinculada*²⁷.

Ademais, o ato administrativo “sujeita-se a exame de legitimidade por órgão jurisdicional”. Em outros termos, não possui definitividade perante o direito, “uma vez que pode ser infirmada por força de decisão emitida pelo poder estatal”²⁸.

Nos casos julgados pelos tribunais, observa-se, de um lado, a Lei 8.078/90, o CDC, que prevê a defesa do consumidor, consagrada constitucionalmente como direito fundamental e princípio da ordem econômica, a teor do art. 5º, inc. XXXII, e art. 170, inc. V, da CR/88, respectivamente. De outro, têm-se

as resoluções do CMN que alteram a possibilidade de cobrança de algumas tarifas bancárias, tais como a tarifa de abertura de crédito, de emissão de carnê e tarifa de cadastro. Portanto, o embate envolve um direito fundamental e atos administrativos, que atingem, de forma direta e imediata, esse direito.

Na decisão proferida pela 2ª Seção do STJ, em sede de recurso repetitivo, optou-se por “relativizar” a defesa do consumidor, sob a justificativa da “segurança jurídica”. Vale dizer, criou-se um lapso temporal, com respaldo num ato administrativo, para que uma mesma tarifa bancária passasse de legal para abusiva.

Nas palavras da ministra Maria Isabel Gallotti:

*A quebra do sistema, pelo Poder Judiciário, com a declaração de ilegalidade de taxas expressamente previstas na regulamentação do CMN/BACEN, acarretaria insegurança jurídica e, em consequência, aumento do risco e da taxa de juros, em prejuízo do próprio consumidor*²⁹.

Na linha definida pela corte, se determinado cliente celebra um contrato de financiamento no dia 30 de abril de 2008, as tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê são consideradas legais; se outro cliente celebra o mesmo contrato no dia seguinte, estas são consideradas abusivas.

Como falar em “segurança jurídica” em detrimento de um direito fundamental? Como sustentar haver “segurança jurídica” em um ato administrativo, passível de ser alterado a qualquer tempo sem a observância de um processo legislativo? Parece nítida a quebra da isonomia e a ruptura da sistemática e vinculação do ato administrativo à lei.

Em passagem que parece oportuna para a presente reflexão, Ingo Sarlet, Lenio Streck e Clèmerson Clève escrevem:

*No Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho, a um só tempo “leis e execução de leis”*³⁰.

Nesse sentido, os votos da ministra Nancy Andrighi e do ministro Paulo de Tarso Severino soam mais congruentes. Ou há de ser reconhecida a abusividade das tarifas ou não, sem delimitação temporal. Ao contrário, atrelar abusividade a resoluções do CMN e a “impossibilidade” do Poder Judiciário intervir, sob pena de ser criada “insegurança jurídica”, não parece ser o caminho para a efetivação da defesa do consumidor.

Outro ponto que merece ser refletido refere-se à possível criação de um cenário reverso à *ratio decidendi* da jurisprudência pátria e das resoluções

do CMN. O atual tratamento dispensado à matéria, no sentido de serem consideradas abusivas as cláusulas contratuais que estipulam as tarifas bancárias de abertura de crédito e emissão de carnê, parece ir ao encontro dos princípios esculpidos no CDC. Todavia, deve-se buscar a criação de mecanismos que impeçam a incorporação desses extintos valores aos juros remuneratórios³¹, sem expressa discriminação. A ministra Maria Isabel Gallotti alerta para a ocorrência de uma provável transferência de custos:

A Tarifa de Cadastro, hoje permitida apenas no início do relacionamento entre a instituição financeira e o consumidor, ficaria embutida na taxa de juros cobrada em sucessivas operações realizadas com o mesmo cliente. Ou haveria estipulação de taxa de juros maior para o início do relacionamento bancário. Não vejo, data máxima vênia, como tal procedimento possa favorecer ao dever de informação e de transparência ou resultar em diminuição do custo do financiamento.

Quanto à Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) ou Boleto (TEB), a qual remunerava a comodidade de o cliente, a seu pedido, solver a obrigação mediante documento liquidável em qualquer banco, não mais subsiste, como visto, a partir da Resolução CMN 3.518, eficaz desde 30.4.2008. Assim, o custo da emissão do boleto foi incorporado à taxa de juros com a qual deverão arcar todos os consumidores, independentemente de sua disposição original de pagar diretamente à instituição financeira credora, sem a necessidade de emissão do boleto para a compensação bancária.

O embutimento do custo da emissão de carnê de pagamento na taxa de juros não atende ao dever de informação e transparência e nem implica necessariamente a diminuição da onerosidade do contrato. A vedação de sua cobrança em separado deve ser obrigatoriamente observada pelas instituições financeiras não em decorrência do CDC, mas em respeito à uniformidade de tratamento dos encargos bancários ditada pela autoridade monetária, a qual, dentro de sua competência (CF, art. 192 e Lei 4.595/64, art. 4º e 9º) e com sua visão técnica e macroeconômica do sistema financeiro, impôs esta conduta, orientando assim o proceder futuro dos agentes de mercado na pactuação das cláusulas contratuais³².

A preocupação da ministra encontra respaldo. Os juros remuneratórios são, em regra, convencionais, ou seja, pactuados no contrato, considerando-se a espécie e natureza da operação econômica. Na prática, é raro encontrar um contrato de financiamento em que a taxa de juros seja inferior a 2% ao mês.

Embora incidente o diploma consumerista nos contratos bancários³³, a jurisprudência é pacífica no sentido de que não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano aos contratos bancários, nas operações realizadas com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional³⁴.

Por conseguinte, os juros bancários podem ser pactuados a uma taxa superior a 12% ao ano, sem serem considerados abusivos, salvo se comprovada discrepância em relação à taxa de mercado.

Atualmente, não é possível afirmar que, a partir da decisão da 2ª Seção do STJ, não haja ou não haverá a transferência de custos. Entretanto, a depender do caso e da taxa de juros estabelecida contratualmente, justifica-se a ingerência do Poder Judiciário, de modo a garantir a defesa do consumidor.

8. Conclusão

A 2ª Seção do STJ, até o julgamento do REsp 1.270.174/RS, de forma unânime, entendia serem lícitas as tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê estipuladas nos contratos de financiamento com alienação fiduciária entre consumidores e instituições financeiras.

Em razão das sucessivas alterações trazidas pelas resoluções do CMN à matéria e da interposição de diversos recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, o tema foi reapreciado pela corte, no julgamento dos REsp 1.251.331/RS e REsp 1.255.573/RS, em sede de recurso repetitivo, no final do ano de 2013.

Duas teses restaram firmadas, a saber: (i) nos contratos bancários celebrados até 30 de abril de 2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) é válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito e de emissão de carnê, ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto; (ii) com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30 de abril de 2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas resta limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária.

Apesar da jurisprudência majoritária da 2ª Seção do STJ, até o ano de 2012, o TJMG não possuía entendimento firme a esse respeito. Somente após a decisão da corte no REsp 1.270.174/RS e a estipulação de teses, no REsp 1.251.331/RS e REsp 1.255.573/RS, passa-se a observar a uniformidade sobre o tema no TJMG.

Até que haja uma revisita à posição definida em sede de recurso repetitivo pela 2ª Seção do STJ, os tribunais *a quo* devem seguir o posicionamento elucidado. Caso contrário, a decisão divergente proferida pelo tribunal de origem poderá ser reformada, quando do julgamento do recurso especial, pelo STJ.

À primeira vista, é acertada a decisão proferida pela 2ª Seção do STJ ao considerar abusivas as tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê. Todavia, conforme apontado, parece questionável a definição de um lapso temporal para ser considerada sua abusividade. Isso porque as determinações esculpidas nas resoluções do CMN (ato administrativo) não podem prevalecer sobre o direito do consumidor (direito fundamental), sob pena de se subverter a vinculação do ato administrativo à lei.

Dessarte, os posicionamentos defendidos pelo ministro Paulo de Tarso Severino e pela ministra Nancy Andrighi, apesar de vencidos, soam mais congruentes aos princípios informadores do CDC, porquanto não estabelecem delimitação temporal.

Noutro giro, mesmo que reconhecida a abusividade dessas tarifas – seja pelas resoluções do CMN, seja pelo próprio STJ – não se pode desconsiderar a possibilidade da criação de um cenário reverso à defesa do consumidor, com transferências de custo e migração de valores intitulados como tarifa para o cálculo da taxa de juros remuneratórios. Nesse caso, far-se-á premente a intervenção do Poder Judiciário, de modo a reafirmar a abusividade não apenas das cláusulas contratuais que estipulam as referidas tarifas, mas destas em sua essência. Isso porque a transferência de custos não se coaduna ao princípio da boa-fé objetiva, representando burla à nulidade de pleno direito, esculpida no art. 51, inc. IV, do CDC.

Notas

¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 293.

² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 143.

³ AGUIAR JÚNIOR., Ruy Rosado. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima. (Coord.) *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 20.

⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2000. p. 222.

⁵ Adiante, as tarifas serão analisadas com maior profundidade e explanação acerca de sua vigência e/ou revogação.

⁶ O recurso repetitivo representa um grupo de recursos que possuem teses idênticas, ou seja, têm fundamento em idêntica questão de direito. É regulamentado pelo art. 573-C do Código de Processo Civil Brasileiro e pela Resolução STJ 8/2008. Quando um recurso é classificado como repetitivo, o processo fica suspenso no tribunal de origem até o pronunciamento definitivo do STJ sobre a matéria. A seguir, são julgados conforme o entendimento esposado no acórdão do recurso representativo da controvérsia. O tribunal de origem pode proferir decisão no sentido de: (i) negar seguimento ao recurso

especial quando a decisão do acórdão recorrido coincidir com o posicionamento do STJ; (ii) apreciar novamente a matéria na hipóteses de o acórdão recorrido divergir do posicionamento do STJ.

⁷ Nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição da República de 1988 (CR/88) como lei complementar, compete ao CMN dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN.

⁸ Nos termos da Resolução não poderiam ser tarifados os seguintes serviços, salvo exceções estabelecidas no § 1º do art. 1º: (i) fornecimento de cartão magnético ou, alternativamente, a critério do correntista, de um talonário de cheques com, pelo menos, dez folhas, por mês; (ii) substituição do cartão magnético referido no inciso anterior, exceto nos casos de pedidos de reposição formulados pelo correntista decorrentes de perda, roubo, danificação e outros motivos não imputáveis à instituição emitente; (iii) expedição de documentos destinados à liberação de garantias de qualquer natureza, inclusive por parte de administradoras de consórcio; (iv) devolução de cheques pelo Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis (SCCOP), exceto por insuficiência de fundos, hipótese em que a cobrança somente poderá recair sobre o emitente do cheque; (v) manutenção de contas de depósitos de poupança, à ordem do poder judiciário, e de depósitos em consignação de pagamento de que trata a Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994; (vi) fornecimento de um extrato mensal contendo toda a movimentação do mês.

⁹ STJ, 2ª Seção, REsp 1.270.174/RS, Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, DJe de 05/11/2012.

¹⁰ Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo.

¹¹ São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

¹² STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.061.477/RS, Rel. Ministro Joao Otávio de Noronha, DJe de 01/07/2010.

¹³ Nesse mesmo sentido, pautaram-se inúmeros precedentes das duas turmas da 2ª Seção do STJ: Ag 1.332.507/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 23/11/2011; REsp 1.301.337/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe de 17/04/2012; REsp 1.278.902/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe de 16/04/2012; AREsp 143.285/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe de 13/04/2012; REsp 1.255.981/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 10/04/2012; REsp 1.306.972/RS, Rel. Maria Isabel Gallotti, DJe de 02/04/2012; Resp 1.301.907/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 17/04/2012; AREsp 1.736/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe de 10/04/2012.

¹⁴ A mesma orientação vinha sendo adotada em decisões singulares, como se observa, entre outras, no REsp 1.269.226/RS (Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe de 30/03/2012), REsp 1.272.084/RS (Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe de 26/03/2012), REsp 1.305.361/RS (Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe de 26/03/2012), REsp 1.071.290/RN (Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe de 29/11/2011) e AREsp 1.736/RS (Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe de 10/04/2012). Na 4ª Turma: REsp 1.246.622/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, unânime, DJe de 16/11/2011; AgRg no REsp 747.555/RS, Rel. Ministro Jorge Scartezini, unânime, DJU de 20/11/2006.

¹⁵ A referida Resolução foi revogada pela Resolução CMN 3.919/2010, em vigor desde 1º de março de 2011.

¹⁶ Cf. nota de rodapé nº 7.

¹⁷ Nos termos da revogada Resolução, somente as tarifas listadas no referido quadro poderiam ser cobradas, e eventual reajuste ou criação de nova tarifa deveria ser informado ao público com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

¹⁸ A Circular BACEN 3.371/2007 ainda estabeleceu a tarifa de renovação de cadastro, para remunerar a atualização de dados cadastrais para atendimento da regulamentação acerca da política de “conheça seu cliente” cobrada no máximo duas vezes ao ano. Entretanto, essa tarifa foi abolida pela Circular BACEN 3.466, de 11 de setembro de 2009.

¹⁹ Lembre-se que não é mais possível a cobrança da tarifa de aberto de crédito, desde a Circular BACEN 3.371/2007, que regulamentou a Resolução 3.518/2007, vigente a partir de 30 de abril de 2008. Expressamente, a tarifa de emissão de carnê passou a ser vedada a partir da Resolução CMN 3.693/2009, de 26 de março de 2009.

²⁰ Gláucio Maciel Gonçalves e Maria Isabel da Silva elucidam: “A eficácia do mecanismo de julgamento a granel dos recursos especiais assenta-se, exclusivamente, na autoridade dos precedentes jurídicos do Superior Tribunal de Justiça, os quais deverão vincular o posicionamento dos tribunais ordinários quando do julgamento dos processos sobrestados”. GONÇALVES, Gláucio Maciel; SILVA, Maria Isabel. Recurso Especial Repetitivo: A obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Rev. Fac. Direito UFMG*. Belo Horizonte, n. 60, p. 138, jan./jun. 2012.

²¹ Foi ainda firmada a tese de que podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. O presente artigo, entretanto, não irá aprofundar este ponto.

²² TJMG, 18ª Câmara Cível, Embargos Infringentes 1.0313.10.012862-5/002, Relator Des. Arnaldo Maciel, DJe de 11/12/2012.

²³ Não foi encontrado nenhum acórdão em sentido contrário. Aliás, nem poderia sê-lo, considerando o julgamento ter sido realizado em sede de recurso repetitivo.

²⁴ STJ, 2ª Seção, REsp 1.251.331/RS, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 22/11/2013.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 411.

²⁶ *Ibidem*. Idem. p. 359.

²⁷ *Ibidem*. Idem. p. 359.

²⁸ *Ibidem*. Idem. p. 359

²⁹ STJ, 2ª Seção, REsp 1.251.331/RS, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 22/11/2013.

³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CMNP). *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 888, 8 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7694/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica-cnj-e-conselho-nacional-do-ministerio-publico-CMNP>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

³¹ Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, os juros remuneratórios (compensatórios) “são os devidos como compensação pela utilização de capital pertencente a outrem. Resultam de uma utilização consentida de capital alheio”. GONÇALVES, Carlos Alberto. *Teoria geral das obrigações*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 382. v. 2.

³² STJ, 2ª Seção, REsp 1.251.331/RS, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 22/11/2013.

³³ Súmula 297 do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

³⁴ Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal: “As disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima. (Coord.) *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. REsp 1.251.331/RS. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. DJe de 22/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. REsp 1.255.573/RS. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. DJe de 24/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.270.174/RS. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. DJe 05/11/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. AgRg. no REsp 1.061.477/RS. Rel. Ministro Joao Otávio de Noronha. DJe de 01/07/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp 1.246.622/RS. Rel. Ministro Luís Felipe Salomão. DJe 16/11/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 1.101.375/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. DJe de 01/07/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 10ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0011.08.018.924-1/001*. Relator Des. Marcos Lincoln. DJe de 23/01/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 11ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0707.12.021477-0/001*. Relator Des. Alberto Diniz Junior. DJe de 28/11/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 12ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0024.12.298778-7/002*. Relator Des. Domingos Coelho, DJe de 27/11/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 13ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0433.11.000176-8/003*. Relator Des. Luiz Carlos Gomes da Mata. DJe de 28/11/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 13ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0672.10.020027-4/001*. Relator Des. Luiz Carlos Gomes da Mata. DJe de 23/11/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 15ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0145.07.418458-4/001*. Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes. DJe de 30/11/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 16ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0693.09.094092-7*. Relator Des. Batista de Abreu. DJe de 01/12/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 17ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0024.09.701677-8/002*. Relator Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira. DJe 19/12/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 17ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0672.09.382194-6/002*. Relator Des. Eduardo Mariné da Cunha. DJe de 07/12/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0625.09.096640-3/001*. Relator Des. Arnaldo Maciel. DJe de 13/12/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0672.12.010751-7/001*. Relator Des. Roberto Vasconcellos. DJe de 20/11/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível. *Embargos Infringentes 1.0313.10.012862-5/002*. Relator Des. Arnaldo Maciel. DJe de 11/12/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 9ª Câmara Cível. *Apelação Cível 1.0145.08.467841-9/001*, Relator Des. José Antônio Braga, DJe de 08/09/2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CMNP). *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 888, 8 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7694/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica-cnj-e-conselho-nacional-do-ministerio-publico-CMNP>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Teoria geral das obrigações*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; SILVA, Maria Isabel. Recurso Especial Repetitivo: A obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 60, p. 121 a 145, jan./jun. 2012.

AS MANIFESTAÇÕES POPULARES COMO FERRAMENTA REIVINDICATÓRIA DOS CONSUMIDORES

PROBLEMA: AS MANIFESTAÇÕES
POPULARES DE RUA PARA
REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS DOS
CONSUMIDORES PODEM
SER EVITADAS?

FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO*

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

EXCERTOS

“É inegável a capacidade do movimento de explicitar e extravasar o grau de insatisfação dos consumidores e cidadãos com a baixa qualidade e a carestia dos serviços públicos essenciais de transporte à disposição da população”

“As manifestações de rua mostraram de modo inequívoco que estão quebrados os canais de comunicação de imensa porção da sociedade com as instituições que deveriam representá-la”

“O experimento originalmente reivindicatório de direitos dos consumidores, descontrolado, sem identificação ou ideologia definida, apartidário, antipartidário, sem identificar inimigos ou aliados, sem uma pauta de reivindicações comuns, sem representação que unisse ou unificasse o movimento, com práticas e agendas distintas, se mostrou incapaz de gerar qualquer ganho efetivo para os consumidores, já que apenas postergou o aumento das passagens e não alcançou qualquer melhoria nos transportes públicos”

“As manifestações populares expressam e traduzem as garantias constitucionais do cidadão asseguradas pela carta magna e consagram o direito inalienável de expressar nas ruas seus anseios por mudanças e pela melhoria da qualidade dos serviços e contra a carestia do transporte público essencial”

*** Outras qualificações do autor**

Investigador Principal do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, de Direito Comparado (Direito Luso-Brasileiro de Consumo). Recebeu a menção honrosa da I edição do Prêmio Innovare.

1. Introdução

As manifestações contra o aumento das tarifas de ônibus e metrô convocadas pelo MPL – Movimento Passe Livre, em junho de 2013, alcançaram protagonismo dos jovens na participação na vida pública, quando milhares de pessoas tomaram as ruas para protestar contra o aumento da tarifa de ônibus, portando faixas com os dizeres “O Gigante Acordou”, “Vem Pra Rua”, “Não é só por 20 centavos”, em verdadeira demonstração de força social, sustentando uma mobilização social inédita, sem apoio de outros setores, desprezando as elites políticas e organizações tradicionais, afastando partidos, sindicatos, associações ou movimentos sociais e realizando protestos populares de formação espontânea de grupos de pressão, em um processo descentralizado e despojado de lideranças do movimento, organizado primordialmente pelas redes sociais (Twitter e Facebook), equação que não implica qualquer controle sobre o experimento que brotou da insatisfação popular protagonizada por sujeitos sem representação, por grupos heterogêneos, sem vínculos comunitários (comunidade ausente ou comunidade negativa – PÉLBART, 2010), em um verdadeiro despertar cívico de protesto contra a má qualidade e o aumento das tarifas do transporte público essencial. Segundo Rizzato Nunes:

A maior parte das reivindicações envolve o direito dos cidadãos-consumidores a transporte público eficiente e barato ou grátis, à segurança pública, à distribuição correta das receitas arrecadadas, o que aponta para as prioridades de investimentos, etc. Não se trata de um movimento revolucionário organizado desses que pretendem derrubar governos. Pelo que se pode ver, é algo voltado ao legítimo exercício dos direitos de cidadania já instituídos – dentre eles os direitos dos consumidores relacionados aos serviços públicos e também privados –, cuja qualidade e eficiência têm deixado muito a desejar... Nas presentes manifestações, há elementos inéditos: não foram organizadas por partidos políticos; tirando os casos de extremistas e infiltrados, o movimento é pacífico; envolvem pessoas muito diversas e de idades diferentes; ao que consta, o movimento surgiu de forma espontânea.

O movimento popular de insatisfação reuniu ativistas do próprio MPL, integrantes da sociedade e coletivos libertários, portando reivindicações contraditórias nos cartazes empunhados por grupos sociais muito diferentes entre si, até mesmo antagônicos. Segundo a expressão do jornalista Leonardo Sakamoto, “levaram o Facebook para a rua”, na marcha de 17 de junho de 2013, já que “o chamado feito pelas redes sociais trouxe as próprias redes

sociais para a rua. Quem não percebeu que boa parte dos cartazes eram comentários de Facebook e Twitter?”. O experimento social ganhou força formando uma “multidão” (NEGRI, 2005) e pode ter assumido contornos anárquicos a partir da dura repressão das forças policiais, que atraiu a reação popular, gerando inesperada espiral de violência.

As mobilizações do Movimento Passe Livre, de junho de 2013, foram protagonizadas por uma “multidão de anônimos” que se reconhecem excluídos da política, antes restrita aos filiados e às organizações tradicionais como partidos, sindicatos, e que, portanto romperam a barreira que afasta o cidadão comum da política, por isso hostilizando todos aqueles que representavam a política tradicional, repelindo a participação de militantes partidários e sindicais. O conceito de multidão, proposto por Tony Negri, trata das sociabilidades emergentes e contraria a ideia de massa: “A multidão é heterogênea, plural, desprovida de centro, de líder, de hierarquia, de uma direção unívoca”, como se viu nas manifestações recentes no Brasil.

O que aglutina a multidão heterogênea é o interesse remoto de mostrar insatisfação como expressão de uma inteligência coletiva, ao passo que os interesses próximos são diversos, já que alguns lutam pela redução do preço das passagens do transporte público coletivo, outros buscam a melhoria do transporte público, alguns questionam e criticam os gastos da Copa do Mundo de 2014, outros combatem a corrupção. “A multidão tem muito menos a ver com tudo aquilo que pretende representa-la” (PÉLBART, 2010). Segundo o jornalista Leonardo Sakamoto, “um grupo, principalmente de jovens, precariamente informado, desaguou subitamente nas manifestações de rua, sem nenhuma formação política, mas com muita raiva e indignação, abraçando a bandeira das manifestações”. Os protestos tomaram a forma de atuação em rede e não mais sob direção centralizada. Sadi Dal Rosso vislumbra, no conceito de multidão, verdadeiro aprendizado democrático:

Os novos movimentos sociais que trazem em seu interior sementes de uma forma de organização democrática, não mais aquela do comando centralizado, expressa por movimentos revolucionários históricos e, sim, outra maneira de democracia participativa em que os grupos aportam suas diversidades e encontram elementos comuns de decisão. A idéia de democracia é um dos princípios de organização dos movimentos sociais, sendo possível pensá-la como aspiração universal da multidão.

Para Peter Pál Pélbart:

Em vez de perguntar o que “eles”, os manifestantes brasileiros, querem, talvez fosse o caso de perguntar o que a nova cena política pode desencadear. Pois não

se trata apenas de um deslocamento de palco – do palácio para a rua –, mas de afeto, de contaminação, de potência coletiva. A imaginação política se destravou e produziu um corte no tempo político. A vivência de milhões de pessoas ocupando as ruas, afetadas no corpo a corpo por outros milhões, atravessados todos pela energia multitudinária, enfrentando embates concretos com a truculência policial e militar, inventando uma nova coreografia, recusando os carros de som, os líderes, mas ao mesmo tempo acuando o Congresso, colocando de joelhos as prefeituras, embaralhando o roteiro dos partidos – como se tudo isso não fosse “concreto” e não pudesse incitar processos inauditos, instituintes!

Por outro lado, é inegável a capacidade do movimento de explicitar e extravasar o grau de insatisfação dos consumidores e cidadãos com a baixa qualidade e a carestia dos serviços públicos essenciais de transporte à disposição da população, equação que clama pela criação de novos mecanismos que possam melhor perscrutar as aspirações sociais por mudanças e reformas e qualificar as organizações e entidades existentes para defesa do consumidor, a fim de que se evite o mecanismo de utilização de manifestações populares para busca de direitos dos consumidores. E por quê? Porque a defesa do consumidor já é garantida pelo ordenamento e protegida e tutelada. O cenário de uma multidão de consumidores protestando suas insatisfações e denunciando a fragilidade e deficiência do transporte público desafia a compreensão do “sistema de defesa do consumidor” instituído pelo Estado, mormente diante do fato de que o movimento se descontrolou, redundando em anarquia e violência, o que deve ser evitado em homenagem ao império da lei e para preservação e garantia da segurança e paz social. No particular, vale lembrar Rui Barbosa, para quem “cada atentado que se tolera à desordem é um novo alimento que se lhe ministra. A fera não se desafa de devorar, devorando. Nas presas menores se lhe aguça o apetite das maiores. Não reagindo em defesa dos particulares, o poder abandona a da sociedade”.

Não obstante se tratar de uma demonstração inicialmente pacífica de reivindicação de consumidores de serviços públicos essenciais, mesmo após a conquista da redução do preço das passagens o movimento ganhou novos rumos e adesão de um número maior de manifestantes, para debaterem como principais temas: demanda por mobilidade urbana, reforma política, precariedade do sistema de saúde, combate à PEC 37, melhoria do sistema de

O que aglutina a multidão heterogênea é o interesse remoto de mostrar insatisfação como expressão de uma inteligência coletiva

educação, questionamento da violência policial, crise de segurança pública, corrupção, manifestações contra a Copa do Mundo de 2014 e oposição aos governadores dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, Sérgio Cabral e Geraldo Alckmin.

Segundo o cientista político Júlio Aurélio Vianna Lopes:

Os protestos são sintomas de crise da nossa democracia, mas de uma crise de crescimento. Afinal, não pugnaram por retrocessos autoritários, mas, ainda que de modo fragmentário, por uma representação política a ser exercida com transparência constante, permeável aos temas considerados fundamentais e que os priorizem na sua atuação.

A equação aponta para uma oportunidade de aperfeiçoamento da democracia representativa, na medida em que se busca uma renovação ética de políticas públicas retributivas entre os cidadãos eleitores em relação ao poder público e os eleitos que os representam, reivindicando no Brasil a melhoria dos serviços de transporte, saúde e educação, enquanto que na Europa/Espanha foram priorizadas reivindicações trabalhistas e nos EUA houve protestos contra os lucros bancários excessivos.

A multidão de consumidores protestando, em junho de 2013, contra o serviço de transporte público, sem uma agenda ou pauta harmônica, despojada de qualquer liderança, rendeu campo propício para captura do movimento por aproveitadores, que se insinuaram e tomaram a frente das manifestações, com táticas violentas e anarquistas, impondo o vandalismo. A investigação acerca da violência dos protestos exige que se defina o interesse e a natureza da participação dos Black Blocs, fenômeno contemporâneo identificado pelo militante e sociólogo americano George Katsiaficas, na organização e mobilização dos movimentos sociais do séc. XX, como vertente alternativa da esquerda europeia no início da década de 1980, na então Alemanha Ocidental, no seio do movimento autonomista daquele país, com experimentos sociais (Schwarzer Block/Bloco Negro), que organizaram ações diretas de ocupação criando acampamentos antinucleares nos terrenos onde seriam construídas usinas nucleares ou ocupando imóveis vazios (*squats*) para transformá-los em moradias coletivas e centros sociais autônomos.

A principal representação desafiadora da modernidade que caracteriza a multidão, segundo Fernanda dos Passos, é a de potencializar o alcance da democracia global verticalizada, de baixo para cima, a partir das reivindicações dos manifestantes anônimos, o que se aproxima da democracia direta na Grécia, lógica que pode expor e denunciar a crise do sistema representativo. A revista *Veja*, em edição especial de 26 de junho de 2013, pontuou no artigo

“Os sete dias que mudaram o Brasil” que as manifestações protagonizadas pela multidão permitem que os utentes, cidadãos e a sociedade interajam pelas redes sociais e que produzam suas próprias informações, sua rede de conhecimento e construam uma democracia verdadeira, que represente as necessidades comuns da sociedade em suas múltiplas diversidades, propiciando o surgimento da democracia da multidão, sem a necessidade da intermediação dos poderes políticos:

As manifestações de rua mostraram de modo inequívoco que estão quebrados os canais de comunicação de imensa porção da sociedade com as instituições que deveriam representá-la. O susto maior foi descobrir nos cartazes e nas palavras de ordem gritadas nas manifestações que a insatisfação é muito mais profunda e generalizada do que qualquer um poderia prever. As ruas brasileiras hoje pertencem aos brasileiros que não se sentem representados por essas legendas e que fizeram questão de obrigar os militantes do PT, do PSOL e de outras agremiações a baixar suas bandeiras quando tentaram participar dos protestos.

2. A multidão, os *black blocs* e a liberdade de expressão e manifestação

A multidão pode subverter, portanto, o conceito de elite, aproximando-se de uma organização “política”, para figurar na genealogia das modernas resistências, revoltas e revoluções democráticas, substituindo as formas mais centralizadas de comando ou ditadura revolucionária pelas organizações em rede, que deslocam a autoridade para relações colaborativas. Fernanda dos Passos parte da premissa de que há uma “crise geral da representação da democracia na sociedade do mundo inteiro: aquilo que os representantes não conseguiram expressar é expresso agora pela multidão” e toma de NEGRI o conceito:

A multidão é múltipla, é composta de inúmeras diferenças internas que nunca poderão ser reduzidas a uma unidade ou identidade única. Multidão é uma multiplicidade de todas as diferenças singulares (culturas, raças, etnias, gêneros, etc). Na multidão as diferenças sociais permanecem diferentes, o desafio é fazer com que uma multiplicidade social seja capaz de se comunicar e agir em comum, ao mesmo tempo em que se mantém internamente diferente (NEGRI, 2004, p. 4).

Essa ‘multidão de multidões’ é capaz de agir em comum como um corpo único, ou seja, mesmo que a multidão forme um corpo continuará sendo uma

composição plural e nunca se tornará um todo unitário dividido por órgãos hierárquicos (NEGRI, 2004, p. 33).

A multidão é um conceito que pode contribuir para a tarefa de promover essa ressurreição ou reforma, ou mesmo a reinvenção da esquerda, designando uma forma de organização política e um projeto político. A proposta do conceito teria como objetivo dar um nome ao que já está acontecendo e de entender a atual tendência social e política (NEGRI, 2004, p. 42).

A multidão não é apenas um sonho abstrato e impossível apartado de nossa atual realidade, que as condições concretas para a multidão encontram-se em processo de formação em nosso mundo social e que a possibilidade da multidão vem surgindo dessa tendência. Outro mundo é possível, um mundo melhor e mais democrático, e é importante promover nosso desejo desse mundo. A multidão é um símbolo desse desejo (NEGRI, 2004, p. 43).

De acordo com Sadi Dal Rosso, a *multidão*, para os filósofos políticos Michael Hardt e Antonio Negri, permite conjugar em simultaneidade unidade e pluralidade, sendo um sujeito social que se reúne em torno daquilo que tem em comum. Para Peter Pál Pélbart, “a multidão estabelece uma dinâmica entre o singular do anônimo e o comum, a multiplicidade, a variação e a potência desmedida e o poder soberano que tenta contê-la, regulá-la ou modulá-la”.

A democracia da multidão compreende uma rede aberta e em expansão, na qual todas as diferenças podem ser expressas livre e igualitariamente, formando uma rede que, sem liderança ou comando, de forma anônima e heterogênea, proporciona os meios da convergência no seio das diferenças internas, para descobrir o núcleo comum que lhe permite se comunicar e agir em conjunto, a partir da soma espiral expansiva de relações, para que a ação do grupo atue como instrumento de protesto e de reivindicação, como elemento de pressão, de persuasão moral (*moral suasion*) como estratégia de comunicação para induzir o Estado a aceitar uma ideia, uma atitude ou realizar uma ação em atendimento à reivindicação ou de dissuasão moral, quando a multidão se vale do argumento da sua expressão de força para suplantar o sentimento do ameaçado, se opondo os grupos de manifestantes ao Estado, em busca da capacidade de lhe impor uma escolha. A multidão, de per si, é intimidatória, já que é impossível acusar individualmente alguém pelos atos praticados pela massa, sem que se cometa injustiça.

Portanto, neste contexto, que caracteriza a multidão de anônimos que protestam sem líderes ou liderança, é previsível e inevitável a infiltração oportunista de Black Blocs que, com suas máscaras pretas, ganharam

manchetes da imprensa brasileira e mundial durante as manifestações de junho de 2013, em razão das mais diversas práticas de violência que chocaram o país, flagrados jogando pedras em veículos, depredando orelhões, ocupando prédios e instalações e interferindo na mobilidade urbana, incendiando e destruindo lixeiras, espalhando lixo pelas ruas, ateando fogo e depredando veículos, ônibus e metrô, destruindo agências bancárias, lojas comerciais e concessionárias de automóveis, jogando bombas incendiárias (*molotovs*) na polícia, em veículos particulares, da polícia e da imprensa e em prédios públicos e privados. Segundo Negri, “os oportunistas metem-se dentro, para depois fazerem outra coisa” (NEGRI, 2005). Para Eduardo Santos Cabete, em meio à ação positiva de consciência popular que despertou o protesto dos indignados, e na ilusão de que “o tal gigante adormecido acordou”, os Black Blocs figuram como grupos mais ou menos organizados, oportunistas infiltrados, desatrelados do despertar de consciência política dos manifestantes, que se aproveitam da agitação e da “efervescência da sociedade civil” para a prática de vandalismo, desordem, violência, suspeitando-se inclusive de eventual manobra política, com possível financiamento partidário, por trás das ações violentas destes agitadores, com o propósito de se fomentar o caos.

Na realidade, sem qualquer avaliação precipitada, parece intuitivo se concluir que este coletivo temporário de anarquistas se aproveita da ausência de representatividade e da falta de lideranças no movimento, que reúne um conjunto heterogêneo de insatisfações e reivindicações brotadas de forma espontânea e simultânea, para a prática de ação nociva deste conjunto de ativistas, que se caracteriza como um grupo vaidoso, cuja forma de protesto se vale da violência contra bens e patrimônio público e privado, produzindo verdadeira insegurança pública, caos na mobilidade urbana e especialmente colecionando vítimas da violência, como Giuliana Vallone, repórter da *Folha de S. Paulo*, atingida no olho por uma bala de borracha atirada por um policial militar, como o cinegrafista da rede Bandeirante, Santiago Andrade, atingido na cabeça por um artefato explosivo durante a cobertura dos protestos contra o aumento da passagem de ônibus no Rio de Janeiro, no dia 6 de fevereiro de 2014, bem como a gari Cleonice de Moraes, de Belém, afetada por gás lacrimogêneo. Sem contar as vítimas de lesões gravíssimas, como o fotógrafo Sérgio Andrade Silva, que perdeu a visão devido a um disparo de bala de borracha, no protesto de 13 de junho de 2013, da Avenida Paulista, em São Paulo, o que provocou a perda de seu olho esquerdo, substituído por uma prótese ocular, ou do estudante Fabrício Proteus Nunes, baleado por policiais em São Paulo.

Portanto, o experimento originalmente reivindicatório de direitos dos consumidores, descontrolado, sem identificação ou ideologia definida, apartidário, antipartidário, sem identificar inimigos ou aliados, sem uma pauta de reivindicações comuns, sem representação que unisse ou unificasse o movimento, com práticas e agendas distintas, se mostrou incapaz de gerar qualquer ganho efetivo para os consumidores, já que apenas postergou o aumento das passagens e não alcançou qualquer melhoria nos transportes públicos. O legado dos protestos se resume a:

1) *Aprovação do PL 5500/13, que destinou 75% dos royalties do petróleo para a área da educação e 25% para a de saúde;*

2) *Rejeição da PEC 37/2011, que pretendia limitar o poder de investigação do Ministério Público, com expressiva votação de 97% da Câmara dos Deputados;*

3) *Transformação da corrupção em crime hediondo, através do Projeto de Lei 204/2011, com a aprovação do Senado. Ele insere o inciso VIII no art. 1º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) para estabelecer como crimes hediondos a concussão, a corrupção passiva e a corrupção ativa, e altera o Código Penal (arts. 316, 317 e 333) para aumentar as penas mínimas previstas para os referidos crimes, que passa a ser de quatro anos de reclusão.*

Como assinala o cientista político Júlio Aurélio Vianna Lopes, o movimento de junho de 2013 pode ser considerado apenas parcialmente vitorioso:

“É preciso ressaltar, aliás, que o movimento de junho de 2013 foi vitorioso, embora de forma parcial. Não me refiro à redução das tarifas de transporte público, então recentemente majoradas, mas a outras importantes conquistas. Em junho, e sob as pressões das multidões, ocorreram inovações legislativas exatamente no sentido de renovação dos mecanismos democráticos e cuja relevância é inegável. Fim do voto secreto na cassação de parlamentares, ficha limpa para servidores públicos, a corrupção de gestores públicos se tornou crime hediondo, royalties do pré-sal foram destinados à educação e à saúde, o exercício do Ministério Público foi preservado pela rejeição de Emenda Constitucional prestes a ser aprovada.”

A incoerência da ação violenta do movimento é flagrante, já que inúmeros ônibus de transporte coletivo urbano foram incendiados, agravando ainda mais o quadro de deterioração dos meios de transporte público, reduzindo a frota que servia de forma deficiente à população. Nem sequer houve qualquer ganho político para a defesa dos consumidores, pois a violência ainda afastou a participação e adesão dos consumidores indignados, partícipes originais, que discordam e censuram as práticas violentas do movimento *Black Bloc*.

Para compreensão e análise da violência que tomou conta das manifestações e afastou a participação dos consumidores, deve-se compreender a natureza da infiltração dos Black Blocs mascarados nos protestos de junho de 2013, com o escopo de inserir o ponto de vista anarquista ao protesto e dar cobertura contra a repressão policial.

O Black Bloc é um experimento social organizado com inspiração histórica no movimento autonomista alemão da década de 1980, e na América do Norte, na época da guerra do Golfo, a partir de 1991, caracterizado pelo bloqueio de hotéis, ruas e cruzamentos, pela ocupação de prédios públicos e privados (*squats*) e por batalhas urbanas travadas com a polícia.

Não se trata de uma organização, repita-se e insista-se, mas sim de uma tática de manifestação de grupos de afinidade anarquistas, que se unem, de ação para ação, para dirigirem uma crítica do ponto de vista anarquista, expressando uma alternativa radical e violenta em relação aos outros movimentos de protesto, nem sempre adotando como prática o vandalismo ou a destruição de propriedade pública ou privada, muitos deles usando máscaras durante os bloqueios e ações para resguardo do anonimato e identidade comum e evitarem o reconhecimento feito posteriormente pela polícia durante a prática de atos ilegais. Vejamos os principais antecedentes:

Os protestos
são sintomas
de crise da
nossa democracia,
mas de uma
crise de
crescimento

1992 – Washington D.C., Black Bloc no protesto antiguerra do Golfo. Janelas do Banco Mundial destruídas.

1992 – San Francisco, Black Bloc protesta contra os 500 anos de exploração e genocídio promovidos pelo primeiro mundo.

1994 – Chiapas, México, 1º de janeiro, zapatistas com os rostos cobertos, mobilizados pela internet, reivindicaram direitos e justiça para os povos indígenas e para os mexicanos pobres, rejeitando bandeiras ideológicas, afastando partidos políticos e utilizando mídias alternativas;

1999 – Philadelphia, 24 de abril, 1500-2000 anarquistas realizam uma marcha de Black Blocs durante o “Millions For Mumia Abu-Jamal”;

1999 – Seattle, 30 de novembro, nos protestos antiOMC, militantes, estudantes, professores e grupos religiosos prepararam manifestação pacífica para impedir a reunião de cúpula da Organização Mundial do Comércio (OMC) inclusive com advogados para evitar as prisões. A polícia reagiu com balas de borracha e gás lacrimogêneo. Este primeiro protesto global contou

com quatro mil anarquistas da ação Black Bloc que praticaram destruição e vandalismo no distrito financeiro central, além de ataques seletivos contra símbolos do capitalismo global e da globalização, como o McDonald's ou a Gap, para emprestar efeito simbólico ao evento. Os protestos realizados travaram uma batalha que atraiu os holofotes da mídia internacional;

2000 – 16 e 17 de abril, o Bloco Revolucionário Anticapitalista (RACB) participa dos protestos antiFMI/BM, em Washington D.C. Entre setecentos e mil anarquistas participaram no A16.

2000 – Primeiro de maio, Black Blocs em Nova York, Chicago e Portland.

2001 – julho, manifestações contra a reunião do G8 realizada em Gênova, na Itália, capitaneado pelos “Macacões Brancos”, que reuniu trezentos mil militantes e sofreu uma resposta violenta da polícia;

2011 – outubro, Occupy Wall Street, manifestantes iniciaram os protestos questionando a taxa Tobin e reivindicando a criação de uma comissão presidencial para tratar da dominação do poder econômico sobre o sistema político.

O experimento Black Bloc não pretende impor a oclocracia de irracionalidade das multidões. Da análise dos filmes e documentários sobre as manifestações de junho de 2013, abaixo elencados, conclui-se que a multidão de anônimos não desafia o poder legítimo e a lei, nem pretende se sobrepor ou se colocar acima de quaisquer determinações de direito positivo, nem tampouco a multidão quer se assenhorar dos negócios públicos, mas as situações de violência retratadas em verdadeiro abuso de direito, e que devem ser reprimidas pelo Estado, em muitos casos decorrem de reação à violenta repressão da polícia, fazendo com que até os pacifistas se tornem violentos e que anarquistas se tornem pacifistas quando percebem o descontrole do movimento acéfalo. Senão vejamos:

– “JUNHO – O mês que abalou o Brasil”, filme, documentário cinematográfico longa-metragem produzido pela *Folha* sobre os protestos, greves e repressão policial nas manifestações de junho de 2013 contra o aumento das tarifas de transporte público em São Paulo, dirigido por João Wainer;

– “Rio em Chamas”, produção coletiva sobre as manifestações na cidade, feito por 12 cineastas,

– “20 Centavos”, documentário sobre protestos em São Paulo, registra a onda de manifestações em São Paulo desde o início, quando milhares foram às ruas motivados pelo aumento de R\$ 0,20 nas tarifas de transporte público, filme de Tiago Tambelli;

– “Com Vandalismo”, documentário sobre os meses de junho e julho de 2013, do Coletivo Nigéria que acompanhou as manifestações de rua em Fortaleza, Ceará, registrando depoimentos e cenas dos protestos.

Fernanda dos Passos adverte que, em 1999:

o diferencial de Seattle foi mostrar que essas muitas queixas não eram apenas um amontoado de vozes aleatório e caótico, mas um coro que falava conjuntamente contra o sistema global. Este é um modelo sugerido propriamente pelos manifestantes: os diferentes grupos se unem, não para se unirem como um grande grupo centralizado; eles continuam sendo diferentes e independentes, mas se juntam em uma estrutura em rede. Essa rede define tanto a sua singularidade como a sua partilha. De um ponto de vista subjetivo, Seattle demonstrou do ponto de vista dos manifestantes, uma coincidência nas queixas expostas contra o sistema global. Essa é a mensagem principal dada e que foi ouvida em todo o planeta.

O movimento Black Bloc, em que pese sua vocação anárquica, é muito bem organizado e preparado, já que se vale de *sites* e da nova mídia pelas redes sociais de comunicações pela internet, como a Mídia Ninja (Narrativas Independentes Jornalismo em Ação), inclusive criando centros de mídia Independentes (Countermedia), como o Indymedia e o CMI Brasil – Centro de Mídia Independente, uma rede de produtores e produtoras independentes de mídia que pretende dar voz a quem não tem, oferecendo à sociedade informação alternativa e crítica de qualidade para a construção de uma sociedade livre e constituindo uma alternativa consistente à mídia empresarial, com ênfase na cobertura dos movimentos sociais, particularmente sobre os movimentos de ação direta (os “novos movimentos”) e sobre as políticas às quais se opõe, como plataformas de construção política para vozes dissonantes ganharem escala, como jornalistas amadores para divulgação e organização do movimento, escrevendo colunas para os jornais, estabelecendo uma rede de cobertura contínua e em tempo real das ações, inclusive suplantando a cobertura dos veículos tradicionais de comunicação, que formam a mídia conservadora convencional, somando todas as queixas e propostas de reforma e gerando capacidade de convocar a multidão.

Os anarquistas em Seattle, por exemplo, formaram uma *hotline*, meses antes do evento, outros filmaram as manifestações de Seattle e realizaram um curto filme com 24 horas de imagens das suas ações.

Os Black Blocs são conhecidos pelo uso de táticas e estratégias como a “Libertação e Corrente de Força”, desconhecidas dos ativistas tradicionais, quando o bloco supera os policiais em número e liberta pessoas que não querem ser presas ou quando os integrantes do bloco cruzam os braços e

mantêm a coesão e dificultam as táticas dispersivas aplicadas pela polícia. A sofisticação do planejamento pode incluir designadamente o tratamento dos feridos nos eventos e suporte legal para os presos durante as ações.

No Brasil, Bruno Fiuza aponta que a tática Black Bloc foi utilizada no “Dia de Ação Global”, em setembro de 2000, quando um grupo de manifestantes atacou o prédio da Bovespa, em São Paulo, em protesto contra a reunião do FMI em Praga, gerando confronto entre policiais e ativistas, e em abril de 2001, na Avenida Paulista, como protesto contra a Cúpula das Américas, em Quebec, no Canadá, para discussão da criação da Área de Livre Comércio das Américas (Alca), inclusive com ataque aos símbolos capitalistas na aludida avenida, como uma loja do McDonald’s.

As manifestações de rua não são, nem podem ser, taxadas como sinônimo de atraso ou subdesenvolvimento. Segundo Fernando Eichenberg, na França, por exemplo, a cidade de Paris é palco de 3.400 protestos por ano, aproximadamente dez por dia, com agenda cheia de múltiplas pautas não convergentes: de reivindicações salariais de carteiros, reclamando justiça para as vítimas da queda do voo Rio/Paris em 2009, protestos contra o sexismo, contra o preconceito em relação às lésbicas, transexuais e gays, a favor da liberdade do americano Mumia Abu-Jamal, manifestações antinucleares, contra o desemprego, todas traduzindo, portanto, manifestação explícita de saúde e vitalidade democrática.

O movimento *Occupy Wall Street* eclodiu com uma pauta contra a taxa Tobin e pela criação de uma comissão presidencial para combater a dominação do poder econômico sobre o sistema político, mas, segundo Pablo Ortellado, *nenhuma das sugestões parecia contentar as insatisfações. No quinto comunicado, o movimento anuncia sua única demanda: ‘Acabar com a pena de morte é nossa única demanda ... Acabar com a desigualdade de renda é nossa única demanda ... Acabar com a pobreza é nossa única demanda ... Acabar com a guerra é nossa única demanda’. Os sonhos dos ocupantes não cabiam em uma demanda única. O movimento decidiu que não queria os seus 20 centavos.*

As manifestações populares expressam e traduzem as garantias constitucionais do cidadão asseguradas pela carta magna e consagram o direito inalienável de expressar nas ruas seus anseios por mudanças e pela melhoria da qualidade dos serviços e contra a carestia do transporte público essencial. A Constituição Federal, em seu art. 5º, IV, adverte que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. O art. 5º, IX, tutela que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

De igual forma são assegurados os direitos de reunião e de associação, previstos no artigo 5º, incisos XVI e XVII, da CF/88: “Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”, nos mesmos termos da Convenção Americana ou Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica. Já o art. 5º, VIII, assegura que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Em que pese o arcabouço legal que garante o direito do cidadão de participar das manifestações, a violência contra a integridade física dos manifestantes, dos repórteres, dos utentes que trafegam no transporte público e os danos ao patrimônio público e privado devem ser reprimidos pelo Estado, o que gera uma reação de repressão que pode tender a comprimir ou sufocar o direito de expressão e de manifestação em desalinho com as liberdades públicas e em verdadeiro atentando contra a ordem democrática, o que pode ocorrer inclusive em nome da legalidade, quando se propõe, por exemplo, a tipificar o crime de desordem ou regulamentar o direito de manifestação, proibindo o uso de máscaras ou capacete. Eduardo Santos Cabete, com maestria, adverte que uma lei penal casuística, coercitiva e inconstitucional, para repressão das manifestações de rua, a pretexto de coibir abusos, pode representar um golpe na democracia, mormente porque os excessos praticados nas manifestações devem ser punidos pelos abundantes tipos penais vigentes: de dano, lesões corporais, incêndio, exposição a perigo.

Percebe-se que os direitos de liberdade de expressão e de reunião não são absolutos, comportando restrições. O próprio texto constitucional ressalva que no exercício da liberdade de reunião e manifestação é defeso que se propague a violência, vedada a utilização de armas, proibido o comprometimento de reunião anteriormente agendada e exigência de aviso prévio à autoridade competente, segundo precedentes da suprema corte:

Certo é que para a existência de uma democracia robusta este debate não pode cingir-se apenas aos mecanismos governamentais de captação da vontade popular, maxime quando a própria eficácia desses instrumentos é contestada no seio da sociedade. É preciso abrir os canais de participação popular para que os rumos da nação não sejam definidos exclusivamente ao talante dos governantes eleitos, estimulando que os destinatários das prestações estatais sejam co-partícipes da

formação da vontade política. No caso sub examine, a insatisfação popular com as questões centrais da vida pública, inicialmente veiculada apenas em redes sociais na internet – e que, por isso, já permeava o debate público em um espaço no qual não podia ser notada fisicamente –, tomou corpo e se transmudou em passeatas propositalmente realizadas em locais de grande significação e especial simbolismo, onde essas vozes, antes ocultas, podem ser percebidas com clareza pelos seus alvos, mercê de contribuírem para a edificação de um ambiente patriótico de reflexão sobre os rumos da nação. Presente o fumus boni iuris quanto à liceidade das passeatas ordeiras, o periculum in mora se evidencia pelo fato de que manifestações têm sido realizadas diariamente em diversas cidades do país, de modo que a manutenção da eficácia da decisão impugnada tolhe injustificadamente o exercício do direito de reunião e de manifestação do pensamento por aqueles afetados pela ordem judicial, contrariando o quanto estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n.º 1.969/DF. Ex positis, concedo a liminar, cassando a decisão reclamada, nos termos do art. 21, V, do RISTF, porquanto consideradas legítimas as manifestações populares realizadas sem vandalismo, preservado o poder de polícia estatal na repressão de eventuais abusos” (RECLAMAÇÃO 15.887/MG – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Relator Ministro LUIZ FUX, decisão de 19 de junho de 2013).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas. II. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung). III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99” (ADI 1969, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 28.6.2007, DJe nº 092, divulgado em 30.8.2007, publicado em 31.8.2007, p. 29).

A morte do jornalista Santiago Andrade, atingido por um rojão na manifestação de fevereiro de 2014, durante o protesto no Rio de Janeiro, e as imagens de duas concessionárias vandalizadas durante a manifestação do Movimento Passe Livre em comemoração a um ano de redução das tarifas de ônibus, trens e metrô de R\$ 3,20 para R\$ 3, na noite da quinta-feira 19 de junho de 2014, em Pinheiros, zona oeste da capital paulista, intensificaram o debate sobre como lidar com a violência nas manifestações, com ambiência

para a aprovação de novas leis que inibam os direitos democráticos de manifestações populares e que podem colocar em jogo a impunidade no caso da investigação de policiais que teriam cometido atos de violência na repressão a protestos.

Registre-se que, entre os dezessete projetos diferentes para coibirem, criminalizarem e apenarem a prática de crimes cometidos nas manifestações, o Projeto de Lei 499, que tramita no Senado, aponta como crime inafiançável “provocar ou infundir terror generalizado” e estabelece como grupo terrorista a reunião de três ou mais pessoas “com o fim de praticar terrorismo”.

O Projeto de Lei do Senado 508/13 propõe o aumento de pena para crime relacionado ao patrimônio, permite que a autoridade policial investigue os danos e qualifica o homicídio praticado nas manifestações, defende penas mais rigorosas para os casos de lesão corporal e retira a proibição do uso de máscaras pelos manifestantes.

O secretário de segurança do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, apresentou em Brasília um projeto de lei que, para conter movimentos populares, se propõe a disciplinar a liberdade de manifestação e garantir os direitos de manifestantes e policiais e trata de manifestações de rua e dos crimes de desordem social, tipifica o crime de prática de desordem em local público, proíbe nas manifestações o uso de máscaras ou qualquer maneira que dificulte a identificação, veda o uso de objetos que possam causar dano ou lesão, como pedras, facas, bastões e, no caso uso de explosivo, prescreve a pena de até oito anos de prisão. No caso de lesão corporal grave, a pena pode alcançar até dez anos de reclusão e, se a vítima morrer, até doze anos de prisão. As autoridades de trânsito e a polícia, segundo o projeto, devem ser avisadas dos protestos 48 horas antes.

Por fim, mas não menos importante, o PL 728/2011, de autoria dos senadores Marcelo Crivella (PRB/RJ), Ana Amélia (PP/RS) e Walter Pinheiro (PT/BA), prevê limitações ao direito à greve e considera atos de manifestações como terrorismo.

3. Da crise de representação e do Decreto 8.243/14

3.1. Da política nacional de participação social

Podemos afirmar que, à luz das manifestações de rua, se evidenciou uma profunda crise política de representação ou de delegação já que foram excluídos do protagonismo dos protestos os partidos políticos, sindicatos, associações, cunhando um novo modelo e conceito de elite a ser estudado e entendido, segundo a doutrina de Antônio Negri na obra “A multidão”. Fernanda dos

Passos critica especialistas e burocratas, para quem “as instituições devem ser reformadas a fim de se tornarem mais transparentes e serem obrigadas a prestar contas”, e propõe que “as inúmeras queixas referentes à falta de direitos e justiça no sistema global evidenciam que as novas instituições de justiça devem ser independentes do controle dos Estados-Nação”.

O governo foi surpreendido pelo vigor e pelo antagonismo das manifestações e, para evitar ser apanhado de surpresa por novas demandas sem pré-aviso, “sacou da caixa de Pandora” o Decreto 8.243/14, criando a Política Nacional de Participação Social – PNPS, instituída pelo governo com o objetivo de traçar diretrizes governamentais a partir da institucionalização da participação social para o aprimoramento das relações do governo federal com a sociedade civil, fortalecendo e articulando os mecanismos e instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil.

As razões dessa desesperada tentativa de aproximação do governo com a sociedade são evidentes, já que, como adverte Marcos Nobre, “perto dessa velocidade e intensidade que tem o movimento, a resposta foi até tardia. O sistema político ficou completamente atônito. Ele não esperava uma manifestação dessa forma que mostrasse descolamento do governo da própria sociedade.” É evidente que o governo pretende evitar ou minorar o impacto de “multidão em antagonismo” (Ortellado Pablo).

O Decreto 8.243/14 regulamenta a previsão do art. 84, *caput*, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, de participação popular direta através de conselhos de políticas públicas e de comissões de políticas públicas, audiências públicas, consultas públicas e do ambiente virtual de participação social, fomentando espaço em que governo e a sociedade discutem políticas públicas. O cenário relembra os *comitia* – conselhos populares do Império Romano.

Muitos críticos – e há até uma certa paranoia coletiva – combatem a iniciativa governamental; todavia, é inequívoco que a democracia brasileira é aperfeiçoada com a garantia da utilização dos mecanismos de participação da sociedade civil na construção de políticas públicas em toda a administração pública federal, proporcionando interação e diálogo entre o poder público e a cidadania na definição das prioridades e critérios na elaboração das políticas públicas.

A Política Nacional de Participação Social estimula os dispositivos e organismos já existentes de democracia participativa, dos quais as emendas populares são o melhor exemplo, para que a formulação, implementação,

monitoramento e avaliação das políticas públicas levem em conta a participação social. Portanto, a participação da sociedade civil na definição das políticas públicas não se contrapõe ao papel institucional do Poder Legislativo; pelo contrário, é um complemento, e não conspira contra a democracia representativa. Este decreto não cria instâncias, órgãos e cargos, não reduz o papel do Congresso Nacional ou interfere em outros poderes e não centraliza o controle da sociedade civil, nem substitui ou sufoca o direito de manifestação ou protesto popular.

4. As manifestações e os consumidores

É necessária a investigação dos protestos ocorridos no Estado do Rio de Janeiro, em junho de 2013, como instrumento de reivindicação dos consumidores contra a má qualidade do serviço público essencial de transporte e contra o aumento das tarifas do transporte público essencial, cenário que, para o analista menos avisado, parece desproporcional, em desajuste com o maduro sistema de proteção e defesa do consumidor, estruturado pelo Estado como direito fundamental de proteção e defesa do consumidor, no art. 5º, XXXII, c/c art. 170, V, da CF/88, art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, indiscutivelmente o diploma mais avançado e completo do ordenamento jurídico nacional, arcabouço legal notável que, combinado com a Lei 9.099/95, dos juizados especiais, cunhou um novo sistema judicial de solução de conflitos de consumo, garantindo real e efetivo acesso do consumidor à justiça, mas que, por outro lado, não evitou os conflitos de rua que foram originados por uma reivindicação e disputa consumerista que ganhou força a partir da dura repressão das forças policiais com reação popular geradora de inesperada espiral de violência.

É crucial entender as razões pelas quais as manifestações populares de rua estão sendo instrumento e ferramenta reivindicatória dos consumidores, quando, na verdade, a defesa do consumidor é tutelada constitucionalmente e a defesa efetiva dos consumidores é operada pelo Código do Consumidor, que, de forma exaustiva, instituiu a Política Nacional de Defesa do Consumidor, instrumentalizada pelo Estado por um sistema inesgotável de órgãos, agentes, instituições, atores, operadores, situados nos três poderes da República, tanto no Judiciário, no Executivo como no Legislativo.

A doutrina, de forma despretensiosa, deve investigar as razões pelas quais os consumidores, no desespero por justiça, procuram protagonismo na vida pública pela participação nas mobilizações sociais das manifestações de rua, organizadas pelas redes sociais, protestando contra a má qualidade do serviço público essencial de transporte e contra o aumento das tarifas do transporte público essencial. As manifestações de rua são uma alternativa para os consumidores, muitas vezes desesperados, diante da incapacidade do poder público de agir diante do desrespeito ao direito alheio? O protesto contra o aumento de “20 centavos” das passagens, no transporte coletivo urbano, motivou a revolta, mas a manifestação combate a falta de qualidade de vida do consumidor de transporte público essencial, descortinando a ausência de qualquer política pública voltada para melhoria da qualidade da mobilidade urbana, especialmente nas metrópoles. A conciliação e o diálogo no contexto do império da lei e da ordem devem ser a primeira opção e, se possível, a única? Segundo o jornalista Leonardo Sakamoto:

Muitas vezes se levantam para reclamar da ‘violência’ resultante dessas manifestações, mas se calam diante das pequenas violências do dia a dia, como ser espremido feito bagaço de laranja em ônibus após um dia cheio de trabalho ou ir acomodado, feito sardinha em óleo, voltando para casa de metrô. Só quem nunca pegou transporte público pode pedir calma à população mediante as passagens caras e serviço ruim. A luta não é por ‘20 centavos’. É por dignidade.

A música tema do filme “Com vandalismo” retrata com fidelidade o elevado nível de insatisfação dos protagonistas dos protestos:

*Quero gritar! ah, eu quero é mais!
O medo não muda nada Tô viciado na porra desse gás
Quero minha pegada, minha marca Minha voz, é nós!
Desistir não é opção, mermão
Se não é verdade não é paz, Jamais!
Sonho só presta solto
Não pode ser pouco, acomodado, permitido
A minha dor também é sua,
O POVO NOVO ESTÁ NA RUA!
E nunca mais,
Nunca mais a injustiça terá paz
Medo não muda nada
Avisa lá, que é para a Mídia Ninja filmar!
Avisa lá, avisa e vem, para Mídia Ninja também!*

*É o grito da rua assustando o poder
Os mesmos que são os donos das TV
Ocupe,
Ocupe a rua, a praça, o país
O Estado existe para servir, e não diz!
Onde o povo deve estar, vamos ocupar
Ocupe, senão alguém ocupa o seu lugar!
Agora é o fim, acabou, vá por mim...
Vem pra rua! A verdade está nua
O Povo Novo não tem medo de caradura
É filho do povo que enfrentou a ditadura
Aprendeu na Turquia, e em todo lugar, a resistir
E o que é mesmo Vandalizar?
(“Com Vandalismo”, documentário do Coletivo Nigéria)*

Ocorre que a falência dos serviços públicos essenciais, a carestia do transporte, o abismo social, a inacessibilidade da justiça para a massa de consumidores, a sensação de impotência diante de um modelo de “sistema de defesa do consumidor”, que parte da equivocada premissa de que o consumidor conhece seus direitos, que tem como pressuposto “o consumidor informado”, sistema elitizado e que não aprendeu a dialogar com a população, todo este quadro vem gerando um clima de grande insatisfação real no país e de exaltação dos ânimos, o que requer uma tarefa de mediação do Estado, equação que não deveria se transformar em um caso de polícia.

Existem falhas na interoperabilidade do sistema de defesa do consumidor, que não consegue nem sequer garantir transporte essencial com qualidade mínima e modicidade de tarifa e muito menos condições de segurança para o consumidor, que amarga frustração e insatisfação com trens, ônibus e metrô lotados e caros, sem qualidade, situação agravada pelo fato de que os fornecedores não expressam nenhuma preocupação com os consumidores, nem se sentem obrigados pelo Estado a prestar serviço público eficiente, adequado e seguro para os consumidores, nos termos da exigência legal dos arts. 20 e 22 do Código do Consumidor.

Os analistas e estudiosos devem buscar a pluralidade, suficiência e eficácia dos mecanismos à disposição do sistema de defesa do consumidor, como alternativa para a revolta dos consumidores nas ruas.

O problema que se coloca diante dos especialistas exige que se enfrente a questão: as manifestações populares de rua, para reivindicação de direitos dos consumidores, podem ser evitadas?

O aprimoramento do sistema de defesa do consumidor em busca de maior efetividade pode evitar que consumidores tenham que se valer das manifestações populares de rua para reivindicação de seus direitos?

A 4ª onda a que se refere Mauro Cappelletti persegue uma ordem jurídica justa, postulado do art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF/88, para garantia no âmbito judicial e administrativo, de amplo acesso à justiça com razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Todavia, a promessa do constituinte não pode se transformar numa quimera. O sistema de defesa do consumidor não pode conceber uma utopia. A tutela do Estado para defesa do consumidor não é mera fantasia do legislador.

A exemplo do que vêm sustentando os mais destacados atores do Judiciário, como a ministra Eliana Calmon, além de caber ao Judiciário a fiscalização de políticas públicas, a sociedade exige do Judiciário um novo papel ativo na mediação de conflitos de massa, para assumir um compromisso real com a concretização da justiça.

Nalini explica o que chama de “juiz rebelde”:

Um juiz rebelde – leia-se juiz ético – não se conforma com esse estado de coisas. E muitos deles já existem. Para afirmar-se como Poder do Estado, O Judiciário precisa dos bons rebeldes. Aqueles que se não recusem a um plus. Além da produtividade na solução dos problemas, a formulação de soluções novas para a justiça. É por isso que se insiste num juiz rebelde, revoltado, teimoso e desobediente. Rebelde com causa; revoltado com a (IN)justiça; teimoso em reformar o mundo; desobediente em relação a regras superadas, formalismos estereis e preconceitos alimentados pelo arcaísmo.

Segundo DALLARI¹:

Muitos juízes temem a responsabilidade que decorre desse novo papel... É inegável que a nova exigência posta perante os juízes implica uma nova concepção do próprio Judiciário. Agora, mais do que nunca, é indispensável que os juízes participem ativamente das discussões a respeito de seu papel social e procurem, com serenidade e coragem, indicar de que modo poderão ser mais úteis à realização da justiça.

O ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), já vaticinou inclusive sobre a provável reação das ruas às decisões que indiquem retrocesso em nosso sistema jurídico, levantando questão acerca da necessidade da justiça ouvir a sociedade, sob pena de desmerecer a confiança do cidadão, com evidente perda de legitimidade. Marco Aurélio Mello, em 23 de julho de 2012, afirmou: “O juiz deve saber o que se passa na sociedade”, posicionamento também adotado pelos ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Ayres Britto.

As questões propostas são fundamentais em função da possibilidade de se desenhar um cenário com foco na visão do Judiciário, como forma de despertar o debate acerca da necessidade de ampliação dos horizontes do campo de estudo do direito do consumidor, sob a ótica do destinatário da norma protetiva, partindo da insatisfação manifesta dos consumidores, que, inconformados com as péssimas condições de ônibus, metrô, barcas, apelam para o protesto em manifestações de rua para exercer sua cidadania, traduzindo-se este estudo na forma de um trabalho público. O segundo argumento parte da premissa de que a sociedade brasileira deseja entender os protestos e manifestações de rua a fim de que se investigue de onde partiram e para onde apontam. Neste aspecto, é desafiadora a tarefa de aprofundar e detalhar as causas dos protestos que agravaram a crise de segurança pública exigindo um novo regramento ou marco legal para prevenir e evitar a violência contra bens públicos e privados a fim de assegurar a “Garantia da Lei e da Ordem”.

A Portaria Normativa 3.461/MD, de 19 de dezembro de 2013 – MD33-M-10 do Ministério da Defesa, invocando o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e o disposto nos incisos III, VI e IX do art. 1º do anexo I do Decreto 7.974, de 1º de abril de 2013, autorizou o auxílio das Forças Armadas na Operação de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO) para, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, auxiliar as forças policiais do Estado na preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio em situações de esgotamento dos instrumentos para isso previstos no art. 144 da Constituição ou em outras em que se presuma ser possível a perturbação da ordem.

Note-se que qualifica como “Forças Oponentes” (F Opn) pessoas, grupos de pessoas ou organizações cuja atuação comprometa a preservação da ordem pública ou a incolumidade das pessoas e do patrimônio e que ameacem comprometer a preservação da ordem pública ou a incolumidade das pessoas e do patrimônio, praticados por F Opn previamente identificadas ou pela população em geral.

Portanto, a turbulência política e social gerada pelas manifestações de junho de 2013 instiga e provoca a academia e todos os especialistas que integram o Sistema de Defesa do Consumidor a discutirem mecanismos efetivos de atendimento das reivindicações de consumidores pela captação de todos os agentes e organismos legitimados para tutela e defesa do consumidor, evitando que consumidores sejam forçados a protagonizar “manifestações de rua” e que sejam confundidos com as “forças oponentes” e acusados de atentado contra a ordem pública ou ameaça à incolumidade das pessoas e do patrimônio público ou privado.

5. A crise na solução individual dos conflitos de consumo

5.1. Individualismo no tratamento das lesões e ações individuais e ineficácia corretiva e coercitiva das ações coletivas

O Poder Judiciário brasileiro é bem avaliado pela sociedade. Todavia, a satisfação dos tomadores do serviço jurisdicional em 2007 credenciava o sistema dos juizados especiais à busca de novos desafios de eficiência, valendo o registro de que, em pesquisa de opinião divulgada no site da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, realizada em 2007, 71,8% dos entrevistados manifestaram confiança nos juizados especiais, enquanto 41,8% dos consultados aprovaram o serviço prestado pela Justiça comum, como retratado no *site* <http://opiniaoconsultoria.com.br/AMB>.

Confiança nas Instituições

Imprensa, Governo, Justiça

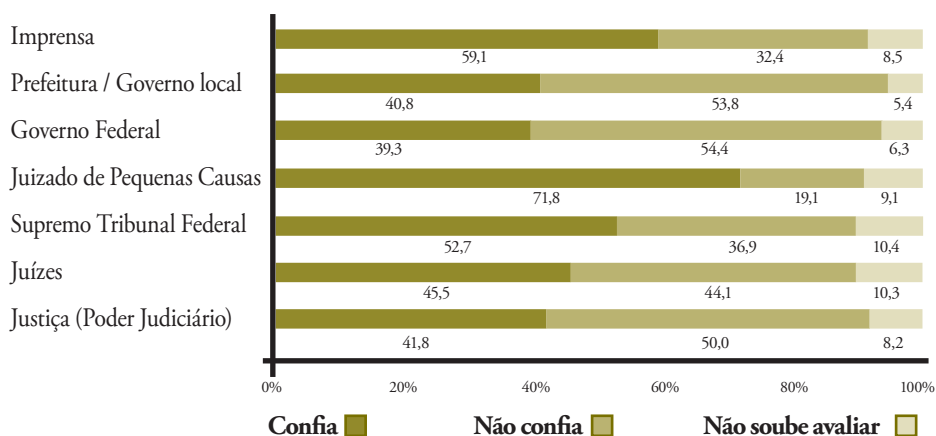


Gráfico 1: Confiança nas Instituições – Imprensa, Governo, Justiça

Fonte: *Site* Opinião Consultoria

A pesquisa encomendada pela AMB à empresa Opinião Consultoria foi realizada entre os dias 4 e 20 de agosto e divulgada no dia 27 de setembro de 2007. Os dados revelaram que os entrevistados acreditavam nos juizados especiais, terceira instituição mais confiável do Brasil, logo depois da Polícia Federal com 75,5% e das Forças Armadas com 74,7% de aprovação. A ministra do STF Ellen Gracie, à época presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), parabenizou “os magistrados que atuam nesses órgãos, reiterando que os juizados especiais são um foro importantíssimo como instrumento de cidadania, pelo que merecem ter seu funcionamento prestigiado pelos tribunais”.

Confiança nas Instituições

Política, Forças Armadas e Polícia Federal

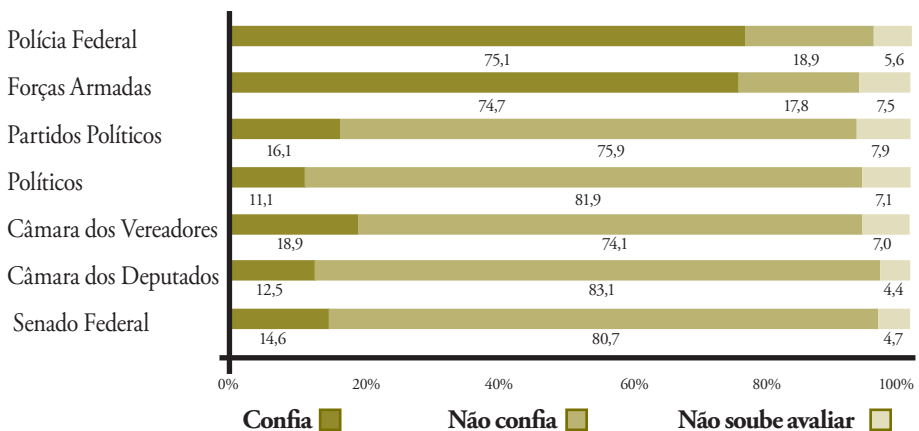


Gráfico 2: Confiança nas Instituições – Política, Forças Armadas e Polícia Federal

Fonte: Site Opinião Consultoria

A pesquisa sugeria, portanto, a melhoria de qualidade dos serviços jurisdicionais, atacando e combatendo a morosidade e buscando a redução do tempo de duração do processo, preconizada na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição de 1988, para garantir “a todos, no âmbito judicial e administrativo... razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, conceito que complementa a “mais moderna” leitura do art. 5º, XXXV, da CF, ao assegurar acesso à justiça rápida e de qualidade, portanto, com maior efetividade, tal como já enunciava o art. 8.1 e 25.1 da Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

A aprovação que os juizados obtiveram em 2007, atestada pela pesquisa da AMB, confirma a advertência de Candido Dinamarco:

Os males de corrosão e frustração que o decurso do tempo pode trazer à vida dos direitos constituem ameaça à efetividade da promessa de tutela jurisdicional, contida nas Constituições modernas – e ameaça tão grave e tão sentida, que em tempos atuais se vem afirmando que tal garantia só se considera efetiva quando for tempestiva” (“Aceleração dos procedimentos”, in Fundamentos do Processo Civil Moderno, v. 2, p. 894).

Os efeitos da demora na prestação jurisdicional são devastadores. Mauro Cappelletti denuncia:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. E conclui: a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

A explosão de demanda especializada de consumidores nos juizados especiais cíveis exige uma avaliação crítica da eficiência e adequação do sistema judicial de solução dos conflitos de consumo.

O sistema dos juizados especiais funcionou bem demais e agora se tornou refém do seu próprio sucesso. Os juizados especiais cíveis estão sobrecarregados de processos idênticos, em face dos mesmos fornecedores. A demanda ficou gigantesca e artificial, porque há repetição de casos idênticos, em relação às mesmas empresas.

Em que pese inexistir pesquisa de opinião semelhante àquela de 2007, exclusivamente em relação aos juizados especiais cíveis, em 2014 a OAB Federal encomendou ao Instituto Datafolha pesquisa de opinião que aponta que o índice de confiança no Poder Judiciário é de 55%, o que representa 50% da taxa de confiança:

Confiança das instituições

(resposta estimulada e única, em %)

54% confiam na OAB; entre os que conhecem a instituição a taxa de confiança chega a 72%

Taxa de confiança (em %)

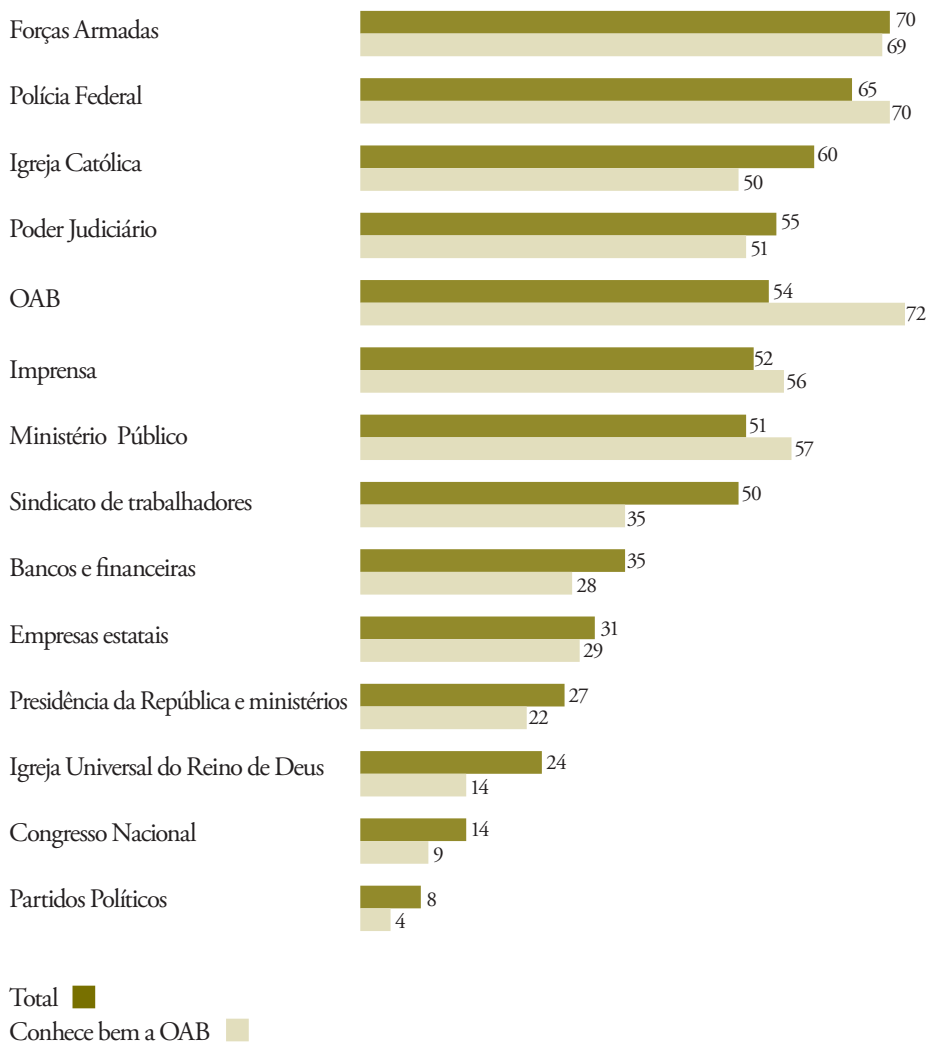


Gráfico 3: Confiança nas Instituições – Pesquisa de opinião OAB

Fonte: Datafolha

Com a deterioração do sistema dos juizados especiais cíveis sob pressão da excessiva demanda de massa, dificilmente se cogita, hoje, de percentual de confiança superior a 60%. A maior parte da demanda do Estado, 52% das ações ajuizadas no Estado do Rio de Janeiro, está concentrada nos juizados especiais cíveis, o que exige estratégia, planejamento, ampliação e melhoria da infraestrutura para orientar as intervenções do Poder Judiciário, sem a contrapartida do pagamento de custas. Se o sistema dos juizados continuar crescendo exponencialmente, essa justiça rápida, das causas menos complexas, vai entrar em colapso, porque o percentual de custas arrecadado na justiça comum, deduzido das gratuidades, será insuficiente para custear o Judiciário estadual. O número de servidores também é insuficiente para atender à explosão de demanda.

A forma de evitar o colapso é exercer o aprimoramento do sistema de proteção do consumidor no âmbito coletivo, através das ações civis públicas ou de ações coletivas.

O sistema de solução de conflitos individuais é, em tese, eficaz na medida em que alcança a fixação da indenização individualizada, executa o valor e o entrega à parte. Já a solução de conflitos coletivos não deve ser comparada com as ações individuais pelo prisma da satisfação pecuniária, isso seria um erro. A comparação entre as ações individuais e as ações coletivas deve ser estabelecida pela forma de intervenção.

A grande virtude do sistema de ações coletivas é poder alterar o comportamento do empreendedor no relacionamento com a clientela de massa, evitando a necessidade de milhares de ações iguais novas, que se multiplicam em progressão geométrica no sistema dos juizados especiais.

A ação coletiva pode alcançar uma indenização pecuniária, mas o caminho é completamente diferente do trilhado pela ação individual. A AC tem o mérito de universalizar a solução via imposição de preceito cominatório, resolvendo a inadequação do contrato ao CDC, do procedimento contrário ao sistema de proteção do consumidor, da regra abusiva e, conseqüentemente, evitando novas ações iguais, em face do empreendedor recalcitrante.

O ideal da ação coletiva é de cominação de multas por descumprimento da ordem judicial, revertendo esses valores para um fundo de reconstituição de bens lesados, quer dizer, coletivizar também a solução que decorre da punição do fornecedor.

A sociedade se habituou a recorrer aos juizados. A solução individual dos conflitos preponderou sobre a solução coletiva. Isto significa que o que poderia ser resolvido por uma ação civil pública hoje é resolvido por milhares de ações individuais mais rápidas.

O exercício da jurisdição coletiva tem a aptidão de resolver, em sentença única, o problema de milhares de consumidores.

O desafio do sistema de defesa do consumidor é o de tornar a ação coletiva mais eficaz que o juizado, porque se a parte propõe a sua ação no juizado e, em um mês e meio obtém uma sentença; em mais um mês e meio, a confirmação por acórdão; e, em mais um mês e meio, a satisfação de seu crédito, fica difícil encontrar uma solução mais rápida e eficaz que essa no âmbito coletivo.

Para estimular a prática das ações coletivas, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro criou o Banco de Ações Cíveis Públicas, para divulgação das matérias relativas às ações cíveis públicas especializadas em direito do consumidor, na página <http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=LEDxWEB&PGM=WEBA CAOCIVILxNU&PORTAL=1>.

Esse banco de dados especializado em ações cíveis públicas exclusivamente voltadas para questões consumeristas é disponibilizado para advogados, promotores, partes, defensores públicos, órgãos de defesa do consumidor, órgãos jurisdicionais especializados, juzizados, varas empresariais e para a imprensa, e oferece um moderno banco de dados em hipertexto que contém as petições iniciais, tutelas antecipadas, sentenças, acórdãos, andamento processual com *links* para o STJ e STF, permitindo que sejam pesquisadas, organizadas, consultadas e divulgadas as ações coletivas, com autorização para cópia e aproveitamento dos textos oferecidos.

A iniciativa se deve ao fato de o direito processual brasileiro ter desenvolvido eficiente sistema de solução de conflitos individuais, utilizando diplomas processuais modernos e que garantem amplo acesso à justiça, pela união perfeita entre a Lei 9.099/95 e o Código de Defesa do Consumidor, estimulando verdadeira explosão de demanda que compromete a eficiência dos juzizados especiais cíveis, que não deveriam resolver conflitos de natureza coletiva, e estão abarrotados por centenas e milhares de ações com objetos idênticos, em face de uma mesma empresa.

A boa solução da demanda de massa nas ações coletivas é condição de sobrevivência aos juzizados especiais cíveis, que devem se dedicar às demandas exclusivamente individuais.

A democracia da multidão compreende uma rede aberta e em expansão, na qual todas as diferenças podem ser expressas livre e igualitariamente

O Banco de Ações Civas Públicas torna a justiça estadual no Estado do Rio de Janeiro mais célere e eficiente, evitando o desperdício de atividade jurisdicional e incentivando o aumento do número de ações coletivas e a redução das demandas individuais, para alcance da pretensão de provocar uma mudança de comportamento dos empresários, em razão da força e potencialidade da solução coletiva, e se presta, portanto, o sistema coletivo como ferramenta hábil para amparar a melhoria de qualidade e modicidade de tarifa dos transportes coletivos.

6. Limitações ao poder do MP nas ACPs e frustração da efetividade

Em que pese o talento e a vocação das ações coletivas para tutela dos consumidores dos transportes públicos, e mesmo se reconhecendo o vigor e pujança do enfrentamento do *parquet* e seu protagonismo no uso das ACPs, a equação que se colhe traduz o insucesso do sistema coletivo, na medida em que não se alcança efetividade na tutela desses direitos, seja diante da magnitude do problema, que decorre do abismo entre a expectativa dos consumidores e o real serviço prestado, seja pela paranoia gerada pela utilização de argumentos *ad terrorem* comungados pelos empresários e pelo poder público, que advogam em unísono a impossibilidade de melhorias do sistema de transporte público, nos termos em que a sociedade exige e sem a contrapartida do aumento de tarifas. A quantidade e diversidade de ACPs sem efetividade desafia o sistema. Senão vejamos:

SUPERVIA

Ações Civas Públicas	9
Procedimentos Investigatórios	7
Termos de Ajustamento de Conduta	3
Execuções	4

1. Impugnação do Reajuste da Tarifa

Processo n. 2007.001.152052-0. Andamento: sentença de improcedência, aguardando recurso.

2. Truculência dos agentes de segurança e trens circulando com portas abertas

Processo n. 2009.001.095242-8. Andamento: decisão provisória proíbe a circulação com portas abertas e determina o respeito à integridade dos passageiros, sob pena de multa de R\$ 10.000,00. (disponível em: <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/nome-da-empresa-supervia-2>).

3. Panes frequentes e falta de medidas de segurança para resguardar a integridade dos passageiros

Processo n. 2009.001.280727-4. Andamento: Decisão provisória determinando a solução dos problemas técnicos nos trens, a adoção de medidas de segurança adequadas quando as panes forem inevitáveis, com equipes de resgate e informação eficiente para os passageiros, bem como a divulgação dos atrasos e seus motivos, além da previsão mínima para o restabelecimento do serviço, sob pena de multa de R\$ 100.000,00. Obs.: Há pedido de aplicação de multa por descumprimento, ainda não julgado. Atualmente, a multa foi aumentada para R\$ 300.000,00.

1. Problemas nas estações

- Escadas rolantes que não funcionam – Madureira e Méier. Processo n. 0247373-89.2010.8.19.0001;
- Limitação de espaço nas catracas dificultando acesso de pessoas com dificuldade de locomoção – Quintino. Processo n. 0085868-84.2013.8.19.0001;
- Vãos muito grandes entre os trens e a plataforma – Triagem. Processo n. 0122144-51.2012.8.19.0001 (TAC – disponível em <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/nome-da-empresa-supervia/>).

2. Sistema de ventilação inadequado nos trens

Processo n. 0134260-26.2011.8.19.0001.

3. Restituição do valor da passagem por viagem não cumprida

Processo n. 0312400-19.2010.8.19.0001.

4. Falta de informação sobre o horário de saída de um trem e a previsão de chegada do próximo

Processo n. 0364517-16.2012.8.19.0001. (TAC disponível em <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/supervia>)

5. Proibição de cultos religiosos no interior de trens

Processo n. 2007.001.216001-8. (sentença disponível em <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/supervia-concessionaria-de-transportes-ferroviarios-s-a>)

METRÔ

Ações Cíveis Públicas	5
Procedimentos Investigatórios	13
Termos de Ajustamento de Conduta	1
Execuções	1

1. Limitações ilegais ao uso do bilhete de integração ônibus-metrô
Processo n. 0033629-79.2008.8.19.0001. Andamento: Antecipação de tutela revogada pelo Tribunal.

2. Impugnação ao reajuste de tarifa
Processo n. 0011195-33.2007.8.19.0001. Andamento: decisão provisória impede reajuste de R\$ 0,10.

3. Obrigação de realizar manutenção dos trens. Revisão do sistema de ar condicionado. Medidas para evitar superlotação. Informação sobre atrasos

Processo n. 0062447-70.2010.8.19.0001. TAC disponível em <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/857>

ÔNIBUS

Ações Cíveis Públicas	87
Procedimentos Investigatórios	179
Termos de Ajustamento de Conduta	13
Execuções	2

Empresa	Número de Ações Cíveis Públicas em curso	Linhas
Andorinha	5	391; 684; 790; 800 e 820
City Rio	4	261; 384; 385; 386 e 2295
Oeste Ocidental	4	340; 345; 346; 397; 689; 786B e 859
Fagundes	3	708D e 521
Jabour	3	853; 854; 867; 1132 e 1134
Transurb	3	006; 410 e 691
Santa Sofia	3	815 e S-11

Processo n. 0128614-16.2003.8.19.0001

Impugna reajuste de tarifas de ônibus municipais – 2003.

Andamento: sentença de improcedência, aguarda julgamento do recurso.

Processo n. 0061144-31.2004.8.19.0001

Impugna reajuste de tarifas de ônibus municipais – 2004.

Andamento: aguarda julgamento.

Processo n. 0038357-71.2005.8.19.0001

Impugna reajuste de tarifas de ônibus municipais – 2005.

Andamento: Aguarda julgamento.

Processo n. 0150883-44.2006.8.19.0001

Impugna reajuste de tarifas de ônibus – 2006.

Andamento: garantida a inversão do ônus da prova, aguarda novo julgamento.

Processo n. 0198586-29.2010.8.19.0001

Impugna reajuste de tarifas de ônibus com a criação do bilhete único – 2010.

Andamento: aguarda julgamento.

Decisões recentes determinando melhorias na prestação do serviço (conserto/manutenção dos veículos, cumprimento dos horários, respeito ao número mínimo de veículos em cada linha, etc.)

Processo n. 0481157-05.2012.8.19.0001 Linhas 328 (Banal x Castelo), 322 (Ribeira x Castelo), 634 (Freguesia x Saens Peña) e 910 (Banal x Madureira). Decisão disponível em <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/linhas-328-banal-x-castelo-322-ribeira-x-castelo-634-freguesia-x-saens-pena-e-910-banal-x-madureira-administradas-pelo-consorcio-internorte-de-transportes-2/>

Processo n. 0395933-02.2012.8.19.0001. Linha Rio de Janeiro x Itaperuna. Decisão disponível em <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/linha-rio-de-janeiro-x-itaperuna-administrada-por-auto-viacao-1001-ltda/>

Processo n. 0099202-22.2012.8.19.0002. Linha 142C (Niterói x Duque de Caxias). Decisão disponível em <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/linha-142c-niteroi-x-duque-de-caxias-administrada-por-transturismo-rio-minho-ltda-2/>

Processo n. 0258512-67.2012.8.19.0001. Linha 819 (Jardim Bangu x Bangu). Decisão disponível em <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/linha-819-jardim-bangu-x-bangu-administrada-pelo-consorcio-santa-cruz/>

Processo n. 0298063-54.2012.8.19.0001. Linhas 375 (Ricardo de Albuquerque x Carioca), 384 (Castelo x Pavuna), 385 (Castelo

x **Vilage Pavuna**) e **386 (Anchieta x Carioca)**. Decisão disponível em <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/linhas-375-384-385-e-386-administradas-pelo-consorcio-internorte/>

Veja mais em: <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/decisoes-provisorias/transporte-decisao-provisoria/>

ACPs de ônibus com tutela antecipada:

<http://rj.consumidorvencedor.mp.br/fiscal-cidadao/linhas-onibus/>

BARCAS

Ações Civas Públicas 7
(Capital e Niterói)

Procedimentos Investigatórios 51

Termos de Ajustamento de Conduta 3
(Capital e Niterói)

Execuções 2

1. **Processo n. 1045615-05.2011.8.19.0002. Execução de TAC.**

Pedido de aplicação de multa por descumprimento das obrigações assumidas pela empresa. Aguarda julgamento.

2. **Processo n. 0044001-24.2007.8.19.0001. Execução de TAC.**

Pedido de aplicação de multa por descumprimento das obrigações assumidas pela empresa. Má prestação do serviço. Multa de mais de R\$ 8.000.000,00 suspensa por decisão do Tribunal. Obs.: TAC disponível em <http://consumidorvencedor.mp.rj.gov.br/barcas-sa-transportes-maritimos/>

3. **Processo n. 0357458-16.2008.8.19.0001. Ação Civil Pública.**

Pedido para que a concessionária abstenha-se de cobrar taxa adicional para o transporte de bicicletas. Decisão de procedência confirmada pelo STJ. Aguarda determinação do juízo para cumprimento.

O Tribunal suspendeu a multa de 8 milhões. Acórdão Processo No: 0034956-86.2013.8.19.0000

As demandas coletivas protagonizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro são estratégicas e em quantidade suficiente para alterar o quadro de desmazelamento e precariedade do transporte público na cidade do Rio de Janeiro. Todavia, não só têm se frustrado pelos resultados alcançados junto ao Tribunal de Justiça, como, também, as poucas vitórias alcançadas não se traduzem em conquistas reais e mudanças efetivas de qualidade e modicidade de tarifas nos transportes públicos coletivos do Estado do Rio.

7. Agências reguladoras

O modelo de concessão do serviço público essencial dos transportes adota como órgão fiscalizador do serviço concedido as Agências Reguladoras, com o escopo de zelar pela adequação do serviço prestado à população, razão pela qual este projeto proposto estuda o papel da Agetransp – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro, buscando descortinar o papel do órgão no cenário marcado pelas péssimas condições em que são prestados os serviços de metrô, ônibus, trens e barcas no Rio de Janeiro.

Basta que se colha a opinião de qualquer usuário de transporte coletivo no Rio de Janeiro para que se conclua pela ineficiência do sistema e, portanto, pela omissão da agência, tal como todas as demais. Segundo o jornalista Luis Nassif:

Um dos episódios mais controversos tem sido o tratamento conferido pelo Ministério das Telecomunicações e pela ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) às teles. Contratualmente, as teles devem R\$ 15 bilhões em investimentos. Além de não cobrá-las, o Ministro Paulo Bernardo concedeu R\$ 4 bi em incentivos fiscais, a serem aplicados em gambiarras visando amenizar um pouco a má qualidade do atendimento. (<http://jornalgnn.com.br/blog/luisnassif/oaab-lanca-movimento-em-defesa-do-usuario-de-servico-publico>)

8. Da nova comunicação social e da autodefesa dos consumidores

As manifestações populares a partir de junho de 2013 tiveram um aspecto positivo, o de construir um cenário realmente plural e democrático com informações e opiniões geradas por fotos, vídeos, relatos, textos, matérias e posts disponibilizados na *internet* por participantes e observadores, quase em tempo real, conquistando espaço na mídia digital, na internet, nas redes sociais, no facebook, e agregando elementos positivos acerca dos protestos, criando uma versão não hegemônica oriunda de múltiplas fontes, com o mérito de atrair o interesse da opinião pública e da sociedade civil organizada, que rivalizou com a mídia/fonte oficial dos jornais e dos telejornais de maior audiência do país.

Esse novo quadro de comunicação social só foi possível em razão da tecnologia disponível na sociedade civil organizada proporcionando exercício da liberdade de imprensa e de expressão para gozo dos direitos de cidadania.

A insatisfação dos consumidores em relação aos serviços e produtos ganhou espaço nas mídias sociais que traduzem moderno e veloz recurso de

acessibilidade ampla, para livre manifestação de consumidores na *internet*, onde expressam insatisfação referente às relações de consumo frustradas, o que causa um desconforto ao fornecedor alvo de publicidade negativa contra a empresa denunciada.

A autotutela é forma de solução de conflitos, e traduz livre manifestação do pensamento, de expressão e de informação, amparada pelo art. 220 da CF/88, e implica o sacrifício do interesse de uma das partes em razão do exercício da força pela parte vencedora. A autotutela é equivalente jurisdicional da legítima defesa (art.188, I, do CC), da apreensão do bem com penhor legal (art.1467, I, do CC) e do desforço imediato no esbulho (art. 1.210, § 1º, do CC).

Preocupadas com a repercussão negativa dessas reclamações veiculadas na *internet*, muitas empresas promovem o monitoramento de mídias sociais para controle da reputação de sua marca, o que desafia todo o sistema de defesa do consumidor, que perde o protagonismo da mediação de consumo frustrada, já que muitas empresas estão se valendo das críticas *online* para oportunidades de melhoria de seus serviços e produtos e para avaliar o atendimento e a satisfação dos consumidores, já que, segundo pesquisa divulgada pela E. life, uma crítica na *internet* alcança 250 internautas, o que pode prejudicar a reputação do empresário, mormente diante da perenidade do que é postado na *web*.

O Judiciário, por outro lado, pode ser provocado a tutelar direito do fornecedor prejudicado com eventual excesso praticado pelo consumidor que veicula críticas à prática ou conduta do fornecedor.

O empresário pode, em tese, perseguir na justiça a tutela para garantia do direito à inviolabilidade, intimidade e vida privada, da honra e imagem em cotejo com o direito do consumidor à livre expressão e comunicação, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.

9. Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público – Projeto de Lei 674, de 1999 – artigo 27 da Emenda Constitucional 19, de 1998

A falta de qualidade dos transportes públicos no Rio de Janeiro e a privação de conforto e segurança, além de fato público e notório, foram diagnosticadas no Observatório das Metrôpoles, por 159 pesquisadores, como o “problema metropolitano” de incapacidade de oferecer serviços públicos que proporcionem qualidade de vida, no modelo de urbanização que o Brasil escolheu, como retratado pelo professor da UFRJ Luiz Cesar

de Queiroz Ribeiro, para quem “o cotidiano duro e sem solução das grandes cidades brasileiras é uma evidência da crise de representação política que alimenta manifestações desde junho de 2013”.

Conforme Flávia de Almeida Viveiros de Castro, o Código de Defesa do Consumidor não se mostrou adequado para garantir efetividade ao assegurar qualidade dos serviços públicos adequados, eficientes, seguros e contínuos, na disciplina do artigo 22, talvez pela especificidade da relação entre o Estado X utente, pela complementariedade com a iniciativa privada no que toca aos serviços essenciais.

Flávia de Almeida Viveiros de Castro, ao tratar da Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público, conclui:

“As manifestações sociais das últimas semanas demonstram, de forma inquestionável, que parcela importante da população não está satisfeita com os serviços ofertados pelo Estado, direta ou indiretamente. O eco destes movimentos pode reverberar nesse novo diploma legal, onde se consolidem direitos que resgatem a dignidade da pessoa do usuário do serviço público. Urbanidade no trato com o cidadão, eficiência inovativa, produtiva e alocativa na disponibilização do serviço, tratamento igualitário para todos os utentes do serviço, permanência nas condições de oferta não são metas inalcançáveis para um país que se diz gigante por sua própria natureza.”

Portanto, não é crível nem razoável a omissão legislativa, por quinze anos, na aprovação da Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público determinada na Emenda Constitucional 19, de 1998, cujo artigo 27 obriga o Congresso a disciplinar a relação consumidor X Estado. O Projeto de Lei 674, de 1999, que se propõe a regular essa importante relação entre o utente e o prestador do serviço público, aprovado no Senado Federal, espera tramitação na Câmara dos Deputados. A norma especializada passará a exigir o cumprimento de prazos e a adoção de medidas de proteção à saúde e segurança dos usuários de serviços públicos. A OAB inclusive ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 24, no STF, e a suprema corte deferiu o pedido de medida liminar, fixando o prazo de 120 dias, a contar de sua promulgação, para que a nova lei fosse elaborada pelo Congresso Nacional, o que não aconteceu.

Demétrio Weber, em matéria do jornal *O Globo*, aponta:

“A origem das manifestações de rua que sacudiram o Brasil no ano passado, a oferta de transporte público é citada como prioridade na política urbana dos planos de governo dos presidentiáveis Aécio Neves (PSDB) e Eduardo Campos (PSB). O programa da presidente Dilma Rousseff também promete investimentos para garantir transporte público rápido, seguro e eficiente.”

É evidente, portanto, a crise de representatividade, já que os três poderes da República – Legislativo, Judiciário e Executivo – falharam nas suas missões e nos seus papéis de garantir melhoria na qualidade de vida da sociedade que, a partir das manifestações de rua de junho de 2013, demonstra ter “acordado” de um transe para que a multidão reivindique a reparação da injustiça social que assolapa a qualidade de vida do cidadão e do consumidor privado, por exemplo, em relação a um transporte público essencial que lhes garanta um mínimo de eficiência, segurança e conforto, dentro da expectativa natural necessária para mobilidade urbana, com um mínimo razoável de qualidade de vida.

10. Conclusão

O objetivo maior do projeto é o de despertar o interesse da doutrina especializada no estudo das causas que levaram os consumidores às ruas em verdadeira onda de protestos. Especialistas, associações, partidos, consultores desconhecem a motivação do movimento e nem sequer suspeitam em como atender às reivindicações para evitar a onda de protestos que assola o Brasil. Para tal desiderato o projeto propõe:

1) Em que pese os direitos dos consumidores estarem assegurados na Constituição da República e no Código do Consumidor, inúmeros protestos e manifestações de rua têm sido realizados cobrando das autoridades sua efetividade e reivindicando nas ruas a melhoria da qualidade dos transportes públicos, uma vez que estes consumidores invisíveis não possuem condições de terem todos os direitos consumeristas assegurados. O debate então se desloca do direito do consumidor para a busca dos meios e mecanismos que possam assegurar estes direitos universalmente, com poder tanto para se opor às injustiças cometidas pelas instituições, bem como para eliminar as suas deficiências.

Quando as autoridades são antagonizadas pela multidão, há uma exposição frente à opinião pública que desmascara a fragilidade dos sistemas e estruturas ortodoxas, que simplesmente não podem ou não conseguem defender estas reivindicações e bandeiras consumeristas. Dessa forma, pode-se dizer que os protestos funcionam como uma forma de se reivindicar e postular direitos, tanto dentro como fora das competências e jurisdições estabelecidas. Uma proposição possível envolveria a criação de uma ou algumas instituições que se empenhassem na busca da justiça para o consumidor, além das estruturas legais: “observatório do direito do consumidor” ou “comissões de direito do

consumidor”, os institutos e associações especializadas que se colocam acima da estrutura legal. Não podemos esperar grande eficácia dessas instituições, que nos deixam com uma sensação de *impotência*, já que funcionam apenas para tentar intermediar injustiças, e não para efetivar justiça. Recorrentemente, as ações da justiça servem apenas para atacar a ponta de todo um *iceberg* que esconde uma realidade prática de falta de efetividade dos direitos do consumidor, que é alvo de tantas queixas sobre a injustiça e que revelam a falta de estruturas legais que asseguram tais direitos.

2) A criação de um Centro de Altos Estudos do Sistema de Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro, na Escola da Magistratura, que reúna e congregue atores e protagonistas do Sistema de Defesa do Consumidor dos diversos setores do Executivo, Legislativo e Judiciário, unindo juízes, promotores, defensores públicos, os representantes dos Procons estadual e municipal, o Codecon da Alerj, a Agência Reguladora, para adoção de uma estratégia, planejamento e logística conjunta que persiga a real e efetiva melhoria dos transportes públicos no Estado do Rio de Janeiro.

3) Organização de mutirões do Poder Judiciário, para conciliação e julgamento de grandes volumes de processos segundo pauta temática voltada para tutela jurisdicional dos processos de consumidores dos serviços essenciais de transporte, exatamente nos termos do que preconizado fora pela ministra Eliana Calmon, que entende caber ao Judiciário a fiscalização de políticas públicas, complementada por NALINI, para quem “a sociedade exige do Judiciário um novo papel ativo na mediação de conflitos de massa, para assumir um compromisso real com a concretização da Justiça”.

4) Aprovação da Emenda Constitucional 19, de 1998, cujo artigo 27 obriga o Congresso a legislar sobre a Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público, tendo em vista que Projeto de Lei 674, de 1999, que se propõe a regular essa importante relação entre o utente e o prestador do serviço público espera, após quinze anos, tramitação na Câmara dos Deputados, após sua aprovação no Senado Federal. A norma especializada passará a exigir o cumprimento de prazos e a adoção de medidas de proteção à saúde e segurança dos usuários de serviços públicos. A OAB inclusive ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 24 no STF, e a Suprema Corte deferiu o pedido de medida liminar fixando o prazo de 120 dias, a contar de sua promulgação, para que a nova lei fosse elaborada pelo Congresso Nacional, o que não aconteceu.

5) Exercer o aprimoramento do sistema de proteção do consumidor no âmbito coletivo, através das ações civis públicas e das ações coletivas previstas no art. 91 do CDC.

Nota

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 163.

Referências

CABETE, Eduardo Santos. *Revista In Verbis, do Instituto dos Magistrados do Brasil*, Rio de Janeiro, n. 42, p. 16, 2014.

CAIO, Marcio. *O lado oculto das manifestações populares*. 28 jun. 2013. Disponível em: <http://www.resolvaja.com/2013/06/o-lado-oculto-das-manifestacoes.html> Acesso em 13/jul/2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Sergio Frabris, 1988.

CARVALHO, Ronald de. Depois daquele junho. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/depois-daquela-junho-13269583> Acesso em: 16 jul. 2014.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. Em defesa do usuário de serviços públicos. *Valor Econômico*, São Paulo, 4 jul. 2013. Disponível em: <http://www.ncc.adv.br/site/index.php/noticias/102-em-defesa-do-usuario-de-servicos-publicos> Acesso em: 19 jul. 2014.

CAVALCANTI, Marco. Vídeo sociedade do conhecimento. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vrjEUx9nYjo> Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. *A sociedade do conhecimento e inteligência empresarial*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/blogs/inteligenciaempresarial/> Acesso em: 19 jul. 2014.

COM vandalismo. Documentário sobre os meses de junho e julho de 2013. O Coletivo Nigéria acompanhou as manifestações de rua em Fortaleza, Ceará, registrando depoimentos e cenas dos protestos. O documentário jornalístico aborda de que modo a violência – policial e/ou da sociedade – participa dessas manifestações. Coletivo Nigéria. 5 ago. 2013. COPYLEFT Nigéria – www.facebook.com/nigeriafilmes Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KktR7Xvo09s&feature=kp> Acesso em 13 jul. 2014.

COMO as manifestações públicas impactam as empresas? 25 junho 2013. Disponível em: <http://www.perceptamkt.com.br/como-as-manifestacoes-publicas-impactam-as-empresas/> Acesso em: 12 jul. 2014.

CHOMSKY, Noam. Occupy the Future: the occupy movement is an unprecedented opportunity to overcome America's current hopelessness 01 Nov. 2011. *The New York Times News*. Disponível em: http://inthesetimes.com/article/12206/occupy_the_future Acesso em: 19 jul. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

EICHENBERG, Fernando. *A Capital dos Protestos*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/a-capital-dos-protestos-13150887> Acesso em: 06 jul. 2014.

EMPREGO de tropas da Marinha e do Exército na missão de Garantia da Lei e da Ordem. Disponível em: http://www.defesa.gov.br/arquivos/File/doutrinamilitar/listadepublicacoesEMD/md33_m_10_glo_1_ed20 Acesso em: 12 jul. 2014.

FIUZA, Bruno. *Black blocs, lições do passado, desafios do futuro*. Disponível em: <http://www.viomundo.com.br/politica/black-blocs-a-origem-da-tatica-que-causa-polemica-na-esquerda.html> Acesso em: 19 jul. 2014.

JACOBS, Meg. *Economic Citizenship in Twentieth-century America*, Princeton University Press, United Kingdom, 2005. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=M9kcixM1P6wC&printsec=frontcover&chl=pt-BR#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 19 jul. 2014.

JUDENSNAIDER, Elena. *Vinte centavos: a luta contra o aumento*. São Paulo: Veneta, 2013.

JUNHO, o mês que abalou o Brasil. Longa-metragem. Dirigido por João Wainer. Folha de São Paulo, São Paulo, [20...]. Documentário cinematográfico produzido pela Folha sobre os protestos, greves e repressão policial nas manifestações de junho de 2013 contra o aumento das tarifas de transporte público em São Paulo. Disponível em: <http://virgula.uol.com.br/diversao/cinema/entrevista-diretor-de-documentario-junho-fala-sobre-protestos-greves-e-repressao-policial> Acesso em: 13 jul. 2014

KATSIAFICAS, George. *The subversion of politics: european autonomous social movements and the decolonization of Everyday Life*. Disponível em: <http://www.erooseffect.com> Acesso em: 12 jul. 2014.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna Lopes. *Revista Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro, n. 538, p. 6, jun. 2014.

LUDD, Ned. *Urgência das ruas: black block, reclaim the streets e os dias de ação global*. São Paulo: Ed. Conrad, 2002. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/IgorDuarte2/urgncia-da-ruasnedludd> Acesso em: 19 jul. 2014.

MARCELINO, Marcelle Desteffani. *Expressões da multidão: as narrativas online dos indignados do Protesto em Vitória*. Vitória, E.S., 2012. Disponível em: <http://www.labic.net/wp-content/uploads/Expresso%CC%83es-da-Multida%CC%83o.pdf> Acesso em: 19 jul. 2014.

MARICATO, Ermínia. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo Editorial, Carta Maior, 2013.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 83.

NASSIF, Luis. OAB lança movimento em defesa do usuário de serviço público. *Jornal GGN (Grupo Gente Nova)*. Disponível em <http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/oab-lanca-movimento-em-defesa-do-usuario-de-servico-publico> Acesso em: 21 jun. 2013.

NEGRI, Antônio; HARDT, Michael. *Multidão*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

NOBRE, Marcos. *Choque de democracia: razões da revolta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

_____. *O facebook e o twitter foram às ruas*. São Paulo. Disponível em: <http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2013/06/21/e-em-sao-paulo-o-facebook-e-o-twitter-foram-as-ruas-literalmente/> Acesso em: 15 jun. 2013.

_____. *Occupy*. Movimentos de protesto que tomaram as ruas. In: HAEVEY, David. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012.

OLIVEIRA, Jane Resina F. de. *A web 2.0 abre um novo canal de comunicação: os que tiveram “olhos” de “ver” “verão”*. Disponível em: <http://www.resinamarcon.com.br/artigo/165/a-legalidade-das-manifesta-es-online/> Acesso em 04 nov. 2009.

ORTELLADO, Pablo. *Vinte centavos: a luta contra o aumento*. *Carta Capital*, São Paulo. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/os-protestos-de-junho-entre-o-processo-e-o-resultado-7745.html> Acesso em: 27 out. 2013.

OS SETE DIAS QUE MUDARAM O BRASIL. Revista *Veja*, São Paulo, 26 jun. 2013. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx> Acesso em: 13 jul. 2014.

PASSOS, Fernanda dos. Resumo do Livro Multidão: guerra e democracia na era do império. In: HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Bolsa do Programa de Iniciação Científica* (PIBIC). p. 4, 33, 42, 43 e 52. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/resumo_final_multidao_pdf_0.pdf Acesso em: 12 jul. 2014.

PERGUNTAS e respostas sobre o Black Bloc, 8 jun. 2013. Disponível em:

<http://forum.antinaordemmundial.com/Topico-atualiza%C3%A7%C3%B5es-black-bloc-anarquistas-solu%C3%A7%C3%A3o-ou-problema?pid=142026> Acesso em: 13 jul. 2014.

PÉLBART, Peter Pál. Anota aí, eu sou ninguém. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 jul. 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/119566-quotanota-ai-eu-sou-ninguemquot.shtml> Acesso em: 12 jul. 2014.

_____. Elementos para uma cartografia da grupalidade. In: SAADI, F; GARCIA, S. (Orgs.). *Próximo ato: questões da teatralidade contemporânea*. São Paulo: Itáu Cultural, 2008. Disponível em: <http://www.itaucultural.org.br/proximoato/pdf/textos/textopeterpelbart.pdf> Acesso em: 24 maio 2010.

_____. *Viver não é sobreviver: para além da vida aprisionada*. Disponível em: <http://www.redehumanizaus.net/63611-viver-nao-e-sobreviver-para-alem-da-vida-aprisionada-peter-pal-pelbart-primeira-parte> Acesso em: 15 jul. 2013.

PORTO, Camila. *O que as empresas têm a ensinar e a aprender sobre as manifestações no Brasil?* 19 jun. 2013. Disponível em: <http://camilaporto.com.br/2013/06/19/o-que-as-empresas-tem-a-ensinar-e-a-aprender-sobre-as-manifestacoes-no-brasil/> Acesso em: 13 jul. 2014.

POTENCIALIZANDO dramaticamente as manifestações populares no Brasil. 04 jul. 2013. Disponível em: <http://trink.wordpress.com/2013/07/04/manifestacoesbrasil/> Acesso em: 13 jul. 2014.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. *Renda não é suficiente sem serviços públicos*. 13 jul. 2014 Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/para-professor-da-ufjrrenda-nao-suficiente-sem-servicos-publicos-13239122#ixzz37qSSAAde> Acesso em: 15 jul. 2013.

RIO em Chamas. Direção de Daniel Caetano et al. *O Globo*, Rio de Janeiro, [20...]. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/uma-galera-nao-entendeu-grito-nao-vai-ter-copa-diz-diretor-de-filme-sobre-protestos-12637340#ixzz37AWdvaMH><http://oglobo.globo.com/cultura/uma-galera-nao-entendeu-grito-nao-vai-ter-copa-diz-diretor-de-filme-sobre-protestos-12637340#ixzz37AWLR9pl> Acesso em 13 jul. 2014.

ROSSO, Sadi Dal. *Multidão pode substituir classe operária nos dias de hoje?* Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922006000300013 Acesso em: 15 jul. 2013.

SAKAMOTO, Leonardo. *O poder público não consegue entender as manifestações de São Paulo*. Disponível em: <http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2013/06/15/o-poder-publico-nao-consegue-entender-as-manifestacoes-de-sao-paulo/> Acesso em: 15 jun. 2013.

SOZZA, Gerry Marcio. *O diálogo como um dos caminhos para a paz*. Greenpeace, 2014. Disponível em: <http://gerry.jusbrasil.com.br/noticias/113124706/o-dialogo-como-um-dos-caminhos-para-a-paz?ref=home> Acesso em 13/jul/2014.

VAN DEUSEN, David; MASSOT, Xavier. *The Black Bloc Papers*: Breaking Glass Press. EUA: Press Kansas, 2010. Disponível em: <http://www.infoshop.org/amp/bgp/BlackBlockPapers2.pdf> Acesso em 11 jul. 2014.

VÍTIMA de bala de borracha, Sérgio Silva afirma ter dificuldades de se adaptar à nova vida: Foi o pior dia da minha vida. *O Dia*, Rio de Janeiro, 03 jun. 2014. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2014-06-03/ainda-tenho-trauma-de-protestos-diz-fotografo-que-perdeu-olho-um-ano-atras.html> Acesso em 13 jul. 2014

WEBER, DEMÉTRIO. *Na infraestrutura, presidenciáveis vão dar prioridades às políticas urbanas*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/na-infraestrutura-presidenciaveis-vao-dar-prioridades-as-politicas-urbanas-13231768#ixzz37qXh0pPW> Acesso em: 12 jul. 2014.

20 CENTAVOS. Filme de: Tiago Tambelli. Documentário. Registra a onda de manifestações em São Paulo desde o início, quando milhares foram às ruas motivados pelo aumento de R\$ 0,20 nas tarifas de transporte público. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/cultura/cinema/2014-03-14/veja-o-trailer-de-20-centavos-documentario-sobre-protestos-em-sao-paulo.html> Acesso em: 13 jul. 2014.

CONTROLE ESTATAL DOS CONTRATOS DE CONSUMO

SOLON IVO DA SILVA FILHO*

Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade do Porto – Portugal

EXCERTOS

“O rompimento da teoria clássica do contrato foi contínuo e, como muitos defendem, é fruto de uma evolução, a fim de atender a uma sociedade mais justa e equitativa”

“A sociedade de consumo exige a atenção plena do Estado, porque todo relacionamento dela originado proporciona pactos, os quais devem ser rotineiramente vigiados para não se desgarrar da função social contratual pretendente”

“Não se permite mais a formalização de contrato, com objetivo de ganhos extraordinários para uma parte, em contrapartida de ônus excessivos para a outra. Práticas abusivas devem ser despojadas. Sobressai-se o princípio da boa-fé objetiva”

“Pela própria essência e finalidade do inquérito civil, não há como negar a existência, no sistema jurídico brasileiro, do controle administrativo das cláusulas abusivas, o qual é exercido pelo Ministério Público”

*** Outras qualificações do autor**

Membro do Ministério Público do Estado de Pernambuco – Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor de Recife. Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco.

1. Introdução

A exclusão da liberdade contratual propiciou a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Fragmentada a sua capacidade civil plena, esmagada pela nova ordem contratualista, observa-se o homem consumidor como um ser desprotegido. Destituído da possibilidade de manifestar os seus anseios, mostra-se agora como um ente caracterizado pela suficiência reduzida.

Atravancou-se a vontade humana. Repleto de objetivos e desejos, foi o consumidor compelido a suprimir a expressão da sua vontade, em decorrência do dinamismo das negociações em massa.

Eis um mundo mais célere. Negociações repetidas e a envolver maior número de pessoas. Esta nova ordem, previa-se, seria apenas benéfica para o homem. Anomalias do sistema, entretanto, foram sendo percebidas e identificadas. Precisavam ser analisadas e estudadas, para que, se não fossem eliminadas, ao menos promovessem a redução das suas consequências avassaladoras.

Afastava-se a regra do vale o que está escrito. Não se podia mais dar credibilidade absoluta aos escritos contratuais, porque não havia mais oportunidade aos contratantes para as tratativas preliminares ao contrato. Exigia-se mais dinamismo, o qual se contrapunha às tradicionais regras contratualistas.

Contratos paritários deram lugar a contratos coletivos. Fornecedores de produtos e serviços agora se organizavam para a satisfação de pessoas em geral. Não se visualizava mais o ente humano contratante na sua individualidade. Apresenta-se, assim uma sociedade de consumo. “Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores.”¹

Toda esta ordem inovadora não podia passar ao largo do poder público. Era imprescindível uma nova positivação, no sentido de restabelecer a paridade e o equilíbrio nos contratos.

2. Intervenção estatal legislativa

Apresenta-se um Estado intervencionista. A previsão deste novo modelo não é recente. Gaston Morin, em 1937, já manifestava a “revolta dos fatos contra os códigos”², prevendo a modificação da teoria clássica do contrato.

Tem-se, a partir de então, uma premeditação da vindoura reestruturação da concepção contratualista tradicional. Já em fins do século XIX, com a Revolução Industrial, começavam a surgir doutrinas socialistas. Passou-se a admitir a intervenção estatal, a fim de tutelar as relações laborais e os problemas delas advindos, provenientes da formação de novas classes sociais.

A Igreja Católica também deu voz a esta nova tendência. O papa Leão XIII, através da Encíclica *Rerum Novarum*, proclamava uma doutrina social, mediante o estabelecimento de uma ética social. Para ele, deveria o Estado promover o bem comum, amparando o homem, principalmente os menos prestigiados.

Apesar de algumas manifestações no sentido da socialização do direito privado, a teoria da imprevisão só tomou corpo com a primeira grande guerra mundial. No Brasil, a crise econômica gerada por este conflito provocou uma era de normatizações, todas tendentes à proteção contratual.

Reconhecia o legislador brasileiro que o absolutismo contratual tinha sido atingido pela imprevisibilidade. A possibilidade de modificação do contrato, contudo, em caso de ocorrência de circunstâncias não previsíveis no momento da formalização do pacto não foi, de logo, garantida amplamente, pela norma legal. De início, apenas legislações esparsas previam a regra *rebus sic stantibus*:

a) Decreto 19.573/31: disciplinava a possibilidade de rescisão ou modificação dos contratos de locação, por tempo indeterminado, dos prédios de moradia, celebrados por funcionários públicos civis, ou por militares, quando removidos para servirem em outra localidade que lhes permita manter residência na da situação do prédio locado;

b) Decreto 20.632/31: previa a rescisão de contratos de locação de prédios destinados a serviços de Correios e Telégrafos, em consequência da fusão desses serviços;

c) Decreto 22.626/33: disciplinou sobre juros contratuais e cláusulas penais, moratória decenal aos devedores por hipotecas rurais ou penhores agrícolas, modificando condições anteriores de contratos formalizados *a priori*, sem tais restrições.³

A intervenção estatal para o restabelecimento da paridade contratual, desta forma, ainda não se encontrava expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Foi no anteprojeto de Código de Obrigações (1941) que se verificou, de forma implícita e oculta, a teoria da imprevisão, cujo art. 322 assim disciplinava: “Quando por força de acontecimentos excepcionais e imprevisos ao tempo da conclusão do ato, opõe-se ao cumprimento exato desta dificuldade extrema, pode o juiz, a requerimento do interessado, e considerando

com equanimidade a situação dos contraentes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo ou reduzindo-lhe a importância.”

Em 1965, o projeto de Código de Obrigações regravava a ‘resolução por onerosidade excessiva’. Os seus dispositivos, entretanto, ainda não vislumbravam a possibilidade de intervenção do Estado para recuperar o equilíbrio do contrato. Ao contrário, a única previsão era a resolução do contrato, salvo se a parte demandada, espontaneamente, com a citação, decidisse pela modificação da(s) cláusula(s) em desequilíbrio:

“Art. 346 – Nos contratos de execução diferida ou sucessiva, quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisível ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha a tornar-se excessivamente onerosa, capaz de lhe ocasionar grande prejuízo e para a outra parte lucro desmedido, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato.

Parágrafo Único – Os efeitos da sentença, então proferida, retroagem à data de citação da outra parte.

Art. 347 – A resolução do contrato poderá ser evitada, oferecendo-se o réu, dentro do prazo de contestação, a modificar razoavelmente o cumprimento do contrato.”⁴

Também o anteprojeto de Código Civil de 1972, ainda que de forma superficial, consubstanciava um introito da teoria da imprevisão. Estabelecia, simplesmente, da mesma forma que o projeto de Código de Obrigações de 1965, a possibilidade de resolução do contrato em caso de onerosidade excessiva.

A socialização do contrato somente se apresentou expressamente no direito brasileiro no projeto de Código Civil de 1984 (PL 118/84), o qual em seu art. 421 disciplinava: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”⁵

Seis anos mais tarde, em 1990, a função social do contrato foi robustamente solidificada. A sanção da Lei 8.072/90 – Código de Defesa do Consumidor – promoveu a ratificação do rompimento da teoria clássica dos contratos, proclamando no direito brasileiro a socialização do contrato.

Firmou-se, a partir dali, uma nova concepção de teoria contratual. Pactos haveriam de ser firmados, promovendo o regramento de relações pessoais. Deveria, no outro espectro, estar o Estado atento, para, como eterno vigilante, não permitir a existência de ônus excessivo para uma das partes. Imprescindível, destarte, nessa nova conjuntura, o aprimoramento, a cada

A interferência estatal no âmbito do direito privado está bem solidificada pelas disposições legais insculpidas no Código de Defesa do Consumidor

dia, das normas e regras legais – intervenção estatal legislativa –, a fim de viabilizar a concretização da função social do contrato.

A partir desta nova concepção, foram inseridas pelo Estado no ordenamento jurídico brasileiro regras de controle e monitoramento dos contratos de consumo, entre as quais aquelas atinentes às práticas comerciais, às cláusulas abusivas, aos contratos de adesão, com imposição de sanções nas esferas administrativa, civil e criminal.

3. Dirigismo contratual

Não haveria de se restringir o Estado, entretanto, a legislar em prol do restabelecimento do equilíbrio contratual. Obviamente que, em decorrência da divisão de poderes, posta a legislação em virtude de uma inovadora concepção contratualista, deveria o poder público colocá-la em prática.

E esta concretização do dirigismo contratual, como já se mencionou, de há muito vem sendo exercitada pelo Estado. A intervenção do Estado, em princípio, não foi de forma veemente e perceptível. O rompimento da teoria clássica do contrato foi contínuo e, como muitos defendem, é fruto de uma evolução, a fim de atender a uma sociedade mais justa e equitativa.

Em dias atuais, a interferência estatal no âmbito do direito privado está bem solidificada pelas disposições legais insculpidas no Código de Defesa do Consumidor. E a sociedade de consumo exige a atenção plena do Estado, porque todo relacionamento dela originado proporciona pactos, os quais devem ser rotineiramente vigiados para não se desgarrar da função social contratual pretendente.

É imprescindível, desta forma, a atuação estatal também na fase de realização do direito privado. Em momento primeiro, o acompanhamento pelo poder público é perceptível já na formação do contrato. Nessa linha, o Código de Defesa do Consumidor assegura novos direitos ao consumidor, como aqueles previstos no seu art. 6º, III e IV: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...] a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

A estes direitos estão relacionados novos deveres introduzidos pelo Código de Defesa do Consumidor para os fornecedores de produtos e serviços. Trata-se do dever de informação e do dever de boa-fé.

A fase pré-contratual, então, deve ser levada em consideração. A exposição do produto ou serviço, o marketing que lhe circunda são aspectos que fazem parte do pacto que se anseia. As informações sobre o objeto do contrato devem ser claras e precisas. Exige-se uma transparência obrigatória em relação ao parceiro contratual, um respeito obrigatório aos normais interesses do outro contratante, uma ação positiva do parceiro contratual mais forte para permitir ao parceiro contratual mais fraco as condições necessárias para a formação de uma vontade liberta e racional.

A exclusão de métodos comerciais coercitivos ou desleais é uma obrigação. Não se permite mais a formalização de contrato, com objetivo de ganhos extraordinários para uma parte, em contrapartida de ônus excessivos para a outra. Práticas abusivas devem ser despojadas. Sobressai-se o princípio da boa-fé objetiva.

No momento de operacionalização do contrato, à luz do Código de Defesa do Consumidor, necessária também será a atuação estatal, promovendo a proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual. Ainda que já esteja formalmente perfeito o contrato, contendo a manifestação livre de vontade do consumidor, o Estado haverá de sempre aferir o conteúdo das cláusulas pactuadas, a fim de afastar a abusividade proibida pela lei.

É neste momento de concretização do contrato, desta forma, que se exige, na mesma linha, uma atuação estatal intervencionista no domínio privado, excluindo da manifestação bilateral de vontade as chamadas cláusulas abusivas.

Diz-se, portanto, que “o método escolhido pelo CDC para harmonizar e dar maior transparência às relações de consumo tem dois momentos. No primeiro, cria o Código novos direitos para consumidores e novos deveres para os fornecedores de bens, visando assegurar a sua proteção na fase pré-contratual e no momento da formação do vínculo. No segundo momento, cria o Código normas proibindo expressamente as cláusulas abusivas nestes contratos, assegurando, assim, uma proteção a posteriori do consumidor, através de um efetivo controle judicial do conteúdo do contrato de consumo”⁶.

Nessa ordem, possui o ordenamento jurídico brasileiro várias formas de controle estatal dos contratos de consumo, ou seja, o poder público exerce o dirigismo contratual em várias esferas: controle administrativo, controle judicial abstrato e controle judicial concreto.

O controle judicial abstrato das cláusulas abusivas decorre de disposição expressa de lei

4. Controle administrativo

O art. 51, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, que trata do controle administrativo, apesar de aprovado pelo Congresso Nacional, foi vetado pelo Presidente da República. Esta era a sua redação: “O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral.”

Em um primeiro momento, em virtude do veto, poder-se-ia concluir que esta forma de controle das cláusulas abusivas não faz parte do sistema jurídico brasileiro. Isto, entretanto, não é uma verdade.

A Constituição Federal, em seu art. 129, estabelece as funções institucionais do Ministério Público, dentre as quais aquela de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. O inquérito civil, por sua vez, tem as suas regras estampadas na Lei 7.347/85, a qual se aplica ao sistema do Código de Defesa do Consumidor, a teor do que dispõe o seu art. 90: “Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

Nessa linha, pela própria essência e finalidade do inquérito civil, não há como negar a existência, no sistema jurídico brasileiro, do controle administrativo das cláusulas abusivas, o qual é exercido pelo Ministério Público.

Em outra análise, não se pode admitir que este controle administrativo seja ilegal ou até mesmo não possua vida jurídica, porque o art. 90 do CDC está inserido no título III, que trata ‘Da Defesa do Consumidor em Juízo’. Daí, não teria o controle decorrente do inquérito civil natureza administrativa, mas sim judicial.

Uma incongruência esta conclusão. O inquérito civil tem cunho investigativo. Objetiva a colheita de provas (documentais, testemunhais, periciais), para que propicie a convicção relacionada à existência ou não de cláusula abusiva. Concluído este procedimento administrativo de investigação, e averiguando que os fatos analisados ofendem direitos tutelados, ou melhor, que certa cláusula contratual é abusiva, ação civil pública deverá ser proposta, seja pelo Ministério Público, ou por qualquer daquelas pessoas indicadas pelo art. 5º, *caput*, da Lei de Ação Civil Pública.

Ocorre que o legislador, sabiamente, ao redigir este dispositivo legal, que trata das pessoas legitimadas a propor ação civil pública, preocupou-se em tipificar a possibilidade de solução do conflito sem que necessitasse de provocação do Poder Judiciário. É assim, então, que dispõe o § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

Por este dispositivo, os órgãos legitimados a propor ação civil pública, entre os quais o Ministério Público, ao invés de promovê-la de plano, podem, desta forma, evitar esforços no sentido de demonstrar ao transgressor (autor das cláusulas abusivas) que a sua ação é ilegal, a fim de que, mediante a autocomposição, as reconheça como nulas de pleno direito.

Nesta hipótese, portanto, não há que se falar em controle judicial. Após a investigação realizada se for o caso pelo Ministério Público, se houver formalização de compromisso de ajustamento de conduta, o que se tem, sem qualquer espeque de dúvida, é o controle administrativo das cláusulas abusivas.

Nessa linha, o veto ao art. 51, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, destarte, não excluiu a atribuição institucional do Ministério Público de promover o inquérito civil para identificação de cláusulas abusivas, assim como o consequente controle administrativo através da formalização de compromissos de ajustamento de conduta.

5. Controle judicial

Indicado um fato como ofensivo ao direito, cabe ao Ministério Público investigá-lo. Procedidas as diligências necessárias e verificada a inexistência, na hipótese, de cláusula abusiva, o procedimento de investigação será arquivado. É o que está tipificado no art. 9º, *caput*, da Lei de Ação Civil Pública (LACP): “Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.”

Se, ao contrário, as investigações indicarem a ocorrência de cláusula abusiva em contratos de consumo, e não havendo compromisso de ajustamento de conduta, deverá o Ministério Público, ou quaisquer das pessoas indicadas no art. 5º, LACP, iniciar ação civil pública. Eis o que se denomina de controle judicial das cláusulas abusivas, que pode ser abstrato e concreto.

5.1. Controle judicial abstrato

O controle judicial abstrato das cláusulas abusivas decorre de disposição expressa de lei. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, § 4º, estabelece a regra geral para reconhecimento judicial de nulidade de cláusula abusiva: “É facultado, a qualquer consumidor ou entidade que o represente, requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”

Esta tipificação não encerra legitimidade exclusiva do Ministério Público para promover ação civil pública declaratória de nulidade de cláusula abusiva. A interpretação literal deve ser afastada, para se fazer uma análise de todo o sistema de proteção e defesa do consumidor. Assim, será visualizado que não só o *parquet* é parte legítima para iniciar o controle judicial abstrato das cláusulas abusivas, mas também outras pessoas, a exemplo das pessoas jurídicas de direito público. Senão, é o que está consubstanciado nos artigos 81 e 82 do próprio Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

[...]

Art. 82. Para fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.”

O controle abstrato é assim denominado porque não decorre de repercussões de utilização individual de certo contrato no mercado de consumo. Ainda que não exista conflito de interesses relacionados ao contrato, é possível que o Estado exerça vigilância sobre as suas cláusulas. O controle, aqui, não será processado visando restabelecer o equilíbrio contratual restrito. Os efeitos do controle judicial abstrato não ocorrerão apenas em relação às partes contratantes do contrato analisado. Em outras palavras, todos os consumidores, sejam os que estejam vinculados

ao fornecedor através do contrato submetido ao controle abstrato (ou até mesmo aqueles outros passíveis de se inserirem na respectiva relação contratual) serão beneficiados com a declaração de nulidade da cláusula reconhecida como abusiva.

E não é condição de procedibilidade, para que o Ministério Público inicie ação civil declaratória de nulidade de cláusula abusiva, o requerimento do consumidor ou de qualquer entidade que o represente. Tratando-se de matéria de ordem pública e interesse social, a teor do que prescreve o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor, o Ministério Público poderá, de ofício, promover o inquérito civil e a ação civil pública, a fim de ter reconhecida como abusiva certa cláusula contratual.

5.2. Controle judicial concreto

Além do controle judicial abstrato das cláusulas abusivas, pode a atuação estatal ocorrer concretamente.

Promovida ação judicial que tenha como base da lide um contrato de consumo, o Poder Judiciário poderá intervir para restabelecimento do equilíbrio do pacto, ainda que não haja qualquer pedido nesse sentido.

Esta manifestação do Estado, agindo incidentalmente, é amparada pelo próprio Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de norma cogente, de ordem pública e interesse social, a atuação do magistrado pode dar-se de ofício, a fim de declarar, no caso *sub examine*, a nulidade da cláusula abusiva.

No controle judicial concreto das cláusulas abusivas, não há provocação pelo Ministério Público ou por quaisquer dos demais legitimados com o objetivo principal de declaração de nulidade de cláusula abusiva. O que ocorre, em verdade, é a percepção de ofício do Poder Judiciário sobre a existência de cláusula abusiva em contrato que serve de supedâneo à pretensão das partes litigantes. Assim, atuará o Poder Judiciário declarando abusiva a cláusula, ainda que não haja pedido expresso para tal.

6. Conclusão

A evolução das relações de consumo ensejou a supressão do liberalismo pelo intervencionismo. A exclusão da paridade contratual determinou a atuação estatal no domínio privado. Derrogou-se a teoria clássica dos contratos, em nome do restabelecimento do equilíbrio contratual.

A intervenção do Estado é perceptível na positivação de novas regras de conduta, assim como na concretização administrativa e judicial dos direitos lesados ou ameaçados de lesão.

Hoje, com atuação intervencionista mais expressiva, o Estado tem viabilizado a paridade contratual no âmbito dos direitos dos consumidores, haja vista a vigência da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, a qual assumiu a nova concepção contratualista – teoria da imprevisão.

Desta forma, apresenta-se hodiernamente o Estado com nova e importantíssima função social – o controle estatal dos contratos de consumo.

Notas

¹ Pasqualotto, Adalberto. “Defesa do Consumidor”, in RT 658/52-72, p. 55.

² Morin, Gaston. “Tendances”. Apud Reale, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. Saraiva, p. 103.

³ Neves, Geraldo de Oliveira Santos. A Teoria da Imprevisão no Direito Positivo Brasileiro. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, ano IV, v. IV, maio/agosto, 1972, p. 133 e 134.

⁴ Projeto de Código das Obrigações, 1965.

⁵ Projeto de Código Civil (PL 118/84), 1984.

⁶ Marques, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. RT, p. 402.

Referências

Anteprojecto de Código Civil. 1972.

Anteprojecto de Código das Obrigações. 1941.

CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.072/1990). 1990.

LEÃO XIII, Encíclica *Rerum Novarum*. Roma. Maio, 1891.

LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Comentado pelos Autores do Anteprojecto)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2001.

NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. A Teoria da Imprevisão no Direito Positivo Brasileiro. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, ano IV, v. IV, maio/agosto, 1972.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Defesa do Consumidor*. In RT 658/52-72.

Projeto de Código Civil (PL 118/84), 1984.

Projeto de Código das Obrigações, 1965.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

VÍCIOS CONSTRUTIVOS E A CONTROVÉRSIA ENVOLVENDO A EVENTUAL RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DO AGENTE FINANCEIRO

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE*

Especialista e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de
Lisboa (FDUSP)

EXCERTOS

“O SFH e SFI distinguem-se em alguns pontos. Em primeiro lugar, enquanto o SFH é um sistema social, regulado e envolvido em inúmeras leis, decretos e resoluções do Conselho Monetário Nacional, o SFI é um sistema de mercado regulado tão somente pela Lei 9.514/97, sendo um sistema objetivo e desburocratizado, com liberdade de negociação entre as partes”

“É da necessidade de crédito, tanto para a produção quanto para o consumo, que surgem, em verdade, as redes contratuais no mercado imobiliário habitacional, envolvendo negócios voltados para a produção, comercialização e garantia dos respectivos créditos concedidos”

“Não nos parece que seria possível responsabilizar o agente financeiro sob a alegação de que, pela teoria da aparência, o consumidor poderia crer estar adquirindo a propriedade com o ‘aval’ técnico do mutuante”

“A culpa do agente financeiro decorre apenas do descumprimento de suas obrigações pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais, estabelecidas na seara do contrato de financiamento”

* Outras qualificações do autor

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de cursos de graduação e pós-graduação. Coordenador da Comissão dos Novos Advogados do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Advogado.

Introdução

O propósito deste artigo é determinar a eventual responsabilidade civil do agente financeiro nas ações decorrentes de vícios construtivos constatados em imóveis.

Trata-se, naturalmente, da responsabilidade solidária entre o construtor/incorporador e o agente financeiro. Propomo-nos a investigar, portanto, como poderia o nexo de causalidade ser estendido aos agentes financeiros pela má construção realizada pelo construtor ou incorporador.

Para tanto, faz-se necessário compreender, de forma introdutória, o financiamento imobiliário brasileiro.

O financiamento imobiliário brasileiro é provido, principalmente, por dois sistemas: Sistema de Financiamento Habitacional (SFH) e Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI).

O Sistema de Financiamento Habitacional (SFH) foi criado pela Lei 4.380/64, tendo como gestor financeiro o Banco Nacional da Habitação (BNH) e dependia da política de subsídios oficiais e de recursos da poupança e do FGTS.

Em verdade, tal como nos ensina Rodrigo Xavier Leonardo¹, apesar do substantivo habitação, a Lei 4.380/64 apresentava-se como um sistema financeiro, no qual a habitação, progressivamente, acabou tornando-se um dado secundário.

Ainda segundo o autor², o SFH, em sentido contrário ao discurso asséptico de seus idealizadores, objetivava o cumprimento de funções políticas e econômicas, claramente delineadas. Politicamente, mostrava-se imprescindível controlar a instabilidade social e legitimar o autoritarismo até o ponto de implodir as organizações populares. Como se sabe, a segurança propiciada pelo bem de consumo da habitação representa um dos maiores anseios das classes populares. A satisfação dessa necessidade econômica pelo governo recém-instaurado invariavelmente provocaria a desestruturação de movimentos populares, em razão do desaquecimento de suas reivindicações ante uma ilusória distribuição de moradia pelo Estado.

Politicamente o SFH atingiu o seu objetivo, acalmando e dissipando os movimentos sociais que buscavam moradias. Todavia, o que se viu, na prática, é que o SFH não trouxe a sonhada moradia às pessoas carentes. Ademais, verificou-se que, ao longo da existência do BNH, somente 33,5% das unidades habitacionais financiadas pelo SFH foram destinadas às populações de baixa renda³.

Diante de todo esse cenário, o SFH, a partir dos anos 1980, perdeu sua força. Segundo Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe⁴, a elevada inadimplência, por decréscimo da renda pessoal do adquirente mutuário ativo ou aposentado, em contraste com a disparada inflacionária e a consequente elevação do valor gravoso de atualização das prestações, sobretudo do saldo devedor, tornou vulnerável o SFH e impeliu os credores a se valerem massivamente do contencioso de retomada em juízo, entupindo com centenas de milhares de processos o Poder Judiciário, com frustração também para as partes.

A ineficiência do tradicional sistema jurisdicional de recuperação dos créditos e de retomada dos imóveis, por fragilidade da garantia hipotecária, acabou por exaurir os recursos disponíveis e tornar inviável o Sistema Financeiro da Habitação (SFH), com a desativação do BNH, que veio a ser extinto e incorporado seu espólio à Caixa Econômica Federal/CEF, pelo Decreto-lei 2.291/86.

O SFH, após a extinção do BNH, não desapareceu. A Lei 4.380/64 nunca foi revogada. Assim, a partir de 1986 a Caixa Econômica Federal continuava oferecendo financiamentos pelo SFH, embora em volume muito baixo. Até porque a garantia hipotecária tornava-se cada vez mais desprestigiada, sobretudo com a edição da Súmula 308 do STJ, que assevera: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. Era o fim da garantia hipotecária. Com isso, o crédito oferecido pela CEF não acompanhava a demanda habitacional que o país requeria.

A partir de 1997, com a edição da Lei 9.514/97, que instituiu o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI) e, principalmente, criou o sistema da alienação fiduciária de imóveis, o mercado voltaria a crescer.

O Conselho Monetário Nacional (CMN), por resolução, também concedeu autorização às entidades integradas do SFH para adoção da garantia fiduciária de imóveis, instituída pela Lei 9.514/97, em operações de abertura de crédito e concessão de financiamento para aquisição de casa própria. Assim, com a substituição da garantia hipotecária pela garantia da alienação fiduciária, o SFH, que é um *sistema social*, voltou a prosperar.

Por outro lado, o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), instituído pela Lei 9.514/97, é um *sistema de mercado*. Segundo o art. 2º do diploma aludido, “poderão operar no SFI as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as

sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional - CMN, outras entidades”.

De acordo com a Associação Brasileira de Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (Abecip⁵), “o modelo institucional do SFI foi concebido segundo diretrizes da economia de mercado, desregulamentação, desestatização de atividades e desoneração dos cofres públicos, isto é, as operações do SFI são efetuadas segundo as condições de mercado e sua implementação independe de qualquer regulamentação governamental, não envolvendo a aplicação de quaisquer recursos provenientes dos cofres públicos”.

O SFH e SFI distinguem-se em alguns pontos. Em primeiro lugar, enquanto o SFH é um *sistema social*, regulado e envolvido em inúmeras leis, decretos e resoluções do Conselho Monetário Nacional, o SFI é um *sistema de mercado* regulado tão somente pela Lei 9.514/97, sendo um sistema objetivo e desburocratizado, com liberdade de negociação entre as partes.

Em segundo lugar, por ser um sistema social, o SFH possui condições de mercado mais favoráveis, com incentivos governamentais. Assim, por exemplo, há limitação de juros em 12% a.a. Além disso, o imóvel pretendido não pode ultrapassar o valor de R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais). A maior instituição que concede crédito no SFH é notadamente a Caixa Econômica Federal. Já pelo SFI, não há limitação dos juros, muito menos quanto ao valor do crédito a ser oferecido. Várias outras instituições financeiras concedem crédito pelo SFI.

Como convergência, tanto o SFH quanto o SFI possuem sólida garantia, consubstanciada na *alienação fiduciária* da propriedade, nos termos do art. 17, inciso IV, da Lei 9.514/97. É constituída, portanto, propriedade resolúvel em favor do adquirente. Extingue-se a propriedade fiduciária pelo adimplemento da obrigação pecuniária (art. 25). Inadimplido o contrato, após a devida constituição em mora, consolida-se a propriedade em favor do credor-fiduciário, para venda e excussão da coisa fiduciada (arts. 26 e 27).

Assim, mais uma vez valendo-nos das lições de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe⁶, o pacto adjeto de garantia fiduciária gera um direito real dominial resolúvel para o credor, através do registro imobiliário do contrato de transferência do imóvel, vinculado à dívida que lhe deu origem, cujo pagamento opera reversão ao alienante, ou em caso de inadimplemento possibilita a consolidação do domínio pleno ao fiduciário para fins de excussão satisfativa extrajudicial específica.

Muito bem.

Além de tais sistemas de financiamento, destaquem-se, ainda, outros programas assistenciais instituídos pelo Governo Federal. É o caso, por exemplo, do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), regulamentado pela Lei 10.188/01, cujo propósito, segundo o art. 1º, é o atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra. A gestão desse programa cabe ao Ministério das Cidades e sua operacionalização à Caixa Econômica Federal.

O PAR é desenvolvido em duas fases distintas. A primeira delas é a de compra de terreno e contratação de uma empresa privada do ramo da construção, responsável por construir as unidades habitacionais. Depois de prontas, as unidades são arrendadas com opção de compra do imóvel ao final do período contratado.

Para atendimento das finalidades do programa, a CEF está autorizada a utilizar os saldos disponíveis do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS), Fundo de Investimento Social (Finsocial), entre outros.

A aquisição do terreno pelo sistema do PAR é realizada pela própria CEF, nos termos do art. 4º, IV, da Lei 10.188/2001. Ademais, o parágrafo único do art. 4º, determina que “as operações de aquisição, *construção*, recuperação, arrendamento e venda de imóveis obedecerão aos critérios estabelecidos pela CEF” (grifamos).

Veja-se, portanto, que ao contrário do SFH, no PAR, a Caixa Econômica Federal adquire o terreno, contrata a empresa responsável pela construção, recaindo a ela a obrigação de avaliar, tecnicamente, a construção a ser realizada. Cabe à CEF a responsabilidade pela construção, comercialização e financiamento aos adquirentes.

Já pelos sistemas do SFI e SFH, a construção recai sobre os construtores e tão somente o financiamento aos agentes financeiros. Até porque, seja pelo SFI e SFH, o crédito a ser concedido pode ser para aquisição de imóvel já construído e não somente na planta.

Temos, portanto, para nós, clara a diferença do PAR para o SFI e SFH. Enquanto no PAR cabe à CEF todo o desenvolvimento do empreendimento imobiliário, desde construção, comercialização e financiamento, nos sistemas do SFH e SFI, os agentes financeiros participam tão somente no tocante ao financiamento e não à construção.

O objetivo do presente artigo será verificar a responsabilidade do agente financeiro no PAR e no SFH. Analisemos, em primeiro lugar, a responsabilidade do agente financeiro no PAR.

1. A responsabilidade do agente financeiro pelos vícios construtivos no PAR

Tratando-se do Programa de Arrendamento Urbano – PAR, a responsabilidade pela construção, comercialização e financiamento compete exclusivamente à Caixa Econômica Federal.

Em julgado de relatoria do desembargador Johonsom di Salvo, restou assentado que há diversos motivos para determinar a responsabilidade da CEF por vícios construtivos em obras do PAR. Segundo o julgado “foi a CEF (arrendadora) quem habilitou a construtora Infratécnica Engenharia & Construções Ltda. para a obra e aparentemente repassou-lhe os recursos de que era gestora; é evidente a responsabilidade assumida na edificação de moradias confiáveis, para fins de arrendamento, o que aparentemente não ocorreu. Na melhor das hipóteses a CEF deve responder junto com a construtora à vista de culpa *in eligendo*, já que a eleição da empresa de construção civil prescinde de procedimento licitatório e por isso mesmo a responsabilidade pela boa edificação das moradias não pode recair apenas em mãos da firma de engenharia⁷³”.

A maioria dos poucos julgados que localizamos e que tratam a respeito do PAR determina a responsabilidade do agente financeiro pelos vícios construtivos, considerando-se, principalmente, a má escolha do construtor.

Parece-nos que, de fato, nessa circunstância, o agente financeiro (Caixa Econômica Federal, exclusivamente, no caso do PAR) deve responder pelos vícios construtivos, considerando a sua responsabilidade por selecionar a construtora e acompanhar os trabalhos técnicos, nos exatos termos do parágrafo único do art. 4º da Lei 10.188/01.

A questão torna-se mais complexa no SFH. Como veremos, há julgados absolutamente dissonantes. Passemos, portanto, a estudar a jurisprudência e o fundamento das decisões.

2. A responsabilidade do agente financeiro pelos vícios construtivos no SFH

2.1. A jurisprudência dos tribunais regionais federais

Considerando que os casos de responsabilidade do agente financeiro perante o SFH envolvem, na vasta maioria dos casos, a Caixa Econômica Federal, as demandas são apreciadas perante a Justiça Federal. Analisemos a jurisprudência dos tribunais federais.

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região (São Paulo e Mato Grosso do Sul), os julgados consultados determinam a **isenção** de responsabilidade da CEF quando o financiamento é regido pelo SFH. Nessa senda, acórdão de relatoria do desembargador José Lunardelli ressaltou que, “na qualidade de agente financeiro para aquisição de imóvel já pronto, cabe à CEF realizar diligências relacionadas ao financiamento bancário, não assumindo responsabilidade relacionada à construção do imóvel. [...] Não tendo o agente financeiro nenhuma responsabilidade por eventual vício ou desvalorização do bem”⁸.

Na mesma senda, noutro julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁹, cuja relatoria foi do desembargador Johonsom di Salvo, restou assentado que, “na relação jurídica informada, a CEF figura como prestamista do financiamento, não como alienante. Não entrevejo a aventada solidariedade da Caixa Econômica Federal em relação ao alegado vício do imóvel na medida em que a empresa pública federal não ‘intermedia’ a venda de imóveis, pois não tem funções de corretagem; apenas prestou ao autor dinheiro para adquirir o imóvel. A propósito, o acompanhamento da execução das obras realizadas por engenheiros da Caixa Econômica Federal tem por finalidade exclusiva a mediação do andamento da obra e verificação da aplicação dos recursos para liberação das parcelas sem qualquer responsabilidade técnica pela edificação”.

Da mesma forma, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) a maioria dos julgados que consultamos também determina a *exclusão* da CEF do polo passivo das ações que cuidam de vícios construtivos, no SFH: “Não se justifica a presença da CEF, que é mera financiadora do empreendimento imobiliário, no polo passivo da demanda. [...] Não há como imputar a responsabilidade por vícios da obra à CEF, já que ela não tem nenhuma ingerência no processo de construção, nem mesmo participa de nenhuma fase da construção. Apenas libera os recursos de acordo com o projeto e um cronograma previamente definido.”¹⁰

É interessante ainda verificar curioso acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que asseverou: “A CEF não é um PROCON, que fiscalize a obra em benefício de potenciais compradores; sua fiscalização tem em mira seus interesses próprios, de natureza empresarial e comercial. A empresa pública é alheia ao valor do imóvel, negociado pelos autores com empresas privadas. Inexistência sequer de obrigação legal de conceder financiamento aos Autores.”¹¹

De todo modo, o próprio TRF da 2ª Região possui decisões em sentido contrário, embora em minoria. Em verdade, localizamos dois julgados, datados de 2007, ambos de relatoria do juiz federal convocado Guilherme Calmon

Nogueira da Gama, que asseverou: “A atual orientação jurisprudencial é no sentido da legitimidade passiva da CEF nas ações em que se questionam os vícios ou defeitos ocultos em imóveis, quando, por óbvio, haja a presença dos empreendedores da construção, e mesmo os vendedores. Tal se justifica em razão da concessão do financiamento, cuja garantia hipotecária fica instituída em seu favor, e pelo fato de que a solução da lide poderá implicar em diminuição ou perda do bem dado em garantia.”¹²

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe), por seu turno, possui entendimento favorável à responsabilidade solidária da CEF nas ações de vícios construtivos oriundos do SFH. Em verdade, não localizamos nenhum julgado em sentido contrário. Segundo acórdão de relatoria do desembargador Geraldo Apoliano, “a CEF detém legitimidade passiva *ad causam* para responder, em ação ajuizada pelo mutuário do SFH, vinculado ao FCVS, pelos problemas estruturais de edificação cuja aquisição financiou, especialmente por atuar como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda”¹³. Da mesma forma, em acórdão relatado pelo desembargador Manoel Erhardt, assentou-se que “a obrigação de repará-los (vícios construtivos) recai, de forma mais evidente, na construtora do edifício (Código Civil, art. 618). Todavia, perante os condôminos, a obrigação de reparar também se estende à CEF, por força da solidariedade inerente à natureza mista dos contratos firmados no âmbito do SFH”¹⁴.

2.2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, possui entendimento majoritário contrário aos julgados dos Tribunais Regionais Federais da 2ª e 3ª Região, mas no mesmo sentido dos julgados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A maioria dos julgados consultados entende pela legitimidade de a CEF figurar no polo passivo das demandas em que se discute vício das construções do SFH.

Em acórdão de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, destacou-se que “o entendimento predominante na jurisprudência desta Corte é no sentido de que o agente financeiro, nos contratos de mútuo submetidos ao Sistema Financeiro da Habitação, responde solidariamente com a empresa seguradora pelos vícios de construção de imóvel”¹⁵.

É interessante notar, ainda, que o próprio ministro Luis Felipe Salomão já teve posicionamento diverso, quando do julgamento do REsp 950.522, que se deu no dia 18 de agosto de 2009. Naquela oportunidade proclamou

voto asseverando que “a Caixa Econômica Federal não é parte legítima para figurar no polo passivo de demanda redibitória, não respondendo por vícios de construção de imóvel financiado com recursos do Sistema Financeiro da Habitação”.

Como forma de sustentar a alteração de seu posicionamento, o ministro Luis Felipe Salomão afirmou: “Depois de muito refletir acerca do tema, peço *venia* aos que entendem de forma diversa, mas me filio à jurisprudência consolidada no âmbito de ambas as Turmas de Direto Privado – sobretudo em hipótese como a ora examinada, em que o empreendimento em questão é de natureza popular, destinado a mutuários de baixa renda. E assim o faço

A maioria dos julgados consultados no STJ determina a responsabilidade solidária do agente financeiro perante os vícios construtivos verificados no imóvel

tomando de empréstimo, sobretudo, os judiciosos fundamentos proferidos pelos Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito, saudoso, quando do julgamento do REsp nº 51.169/RS.”¹⁶

Contudo, a questão certamente não é pacífica. Em determinado acórdão, em sentido completamente diverso, foi decidido que “a responsabilidade advém de uma obrigação preexistente, sendo aquela um dever jurídico sucessivo desta que, por sua vez, é dever jurídico originário. A solidariedade decorre de lei ou contrato, não se presume (art. 265, CC/02). Se

não há lei, nem expressa disposição contratual atribuindo à Caixa Econômica Federal o dever jurídico de responder pela segurança e solidez da construção financiada, não há como presumir uma solidariedade. A fiscalização exercida pelo agente financeiro se restringe à verificação do andamento da obra para fins de liberação de parcela do crédito financiado à construtora, conforme evolução das etapas de cumprimento da construção. Os aspectos estruturais da edificação são de responsabilidade de quem os executa, no caso, a construtora. O agente financeiro não possui ingerência na escolha de materiais ou avaliação do terreno no qual que se pretende erguer a edificação. A Caixa Econômica Federal é parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação indenizatória que visa o ressarcimento por vícios na construção de imóvel financiado com recursos do SFH, porque nesse sistema não há obrigação específica do agente financeiro em fiscalizar, tecnicamente, a solidez da obra”¹⁷.

Veja-se que o próprio STJ apresenta julgamento distintos, tratando-se da responsabilidade civil do agente financeiro pelos vícios construtivos no

SFH. De todo modo, a maioria dos julgados consultados no STJ determina a responsabilidade solidária do agente financeiro perante os vícios construtivos verificados no imóvel¹⁸. Os julgados desfavoráveis à responsabilidade solidária da CEF estão em minoria¹⁹.

Analisemos, agora, os principais fundamentos utilizados nos julgados dos tribunais federais e do Superior Tribunal de Justiça.

3. Fundamentos utilizados nos julgados para determinar a responsabilidade solidária do agente financeiro e construtor, para responderem pelos vícios construtivos

3.1. Função social

Em primeiro lugar e, em nossa opinião, como o argumento menos convincente, alguns julgados utilizam o princípio da função social como forma de obrigar o agente financeiro a responder pelos vícios construtivos do imóvel adquirido pelo mutuário.

Segundo Flávio Tartuce²⁰, a função social dos contratos pode ser conceituada como um princípio contratual de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade. Ainda conforme o autor, a função social dos contratos tem eficácia interna, que pode se sustentar pela proteção da parte vulnerável da relação contratual, caso dos consumidores e aderentes.

Nos termos de julgado aqui já mencionado, de lavra do ministro Luis Felipe Salomão²¹, asseverou-se que “quando uma instituição financeira ingressa no sistema, não o faz como mero banco comercial, mas, ao reverso, como partícipe e operador de um ‘todo’ com *destinação social* predeterminada, razão pela qual os seus atos devem ser também consentâneos a esses fins sociais”.

Ainda que este autor seja um entusiasta das cláusulas gerais do novo Código Civil, com o devido respeito, não nos parece que esse fundamento, por si só, baste para determinar a condenação do agente financeiro por vícios construtivos cuja culpa seja atribuída a terceiros.

É certo que a função social e a boa-fé objetiva trouxeram inovações ao direito contratual, tornando-se valiosas ferramentas de proteção contratual dos consumidores. Todavia, não se perca de vista que qualquer empresário, ao contratar, realiza um juízo de valor entre o lucro e o risco contratual.

De acordo com o professor Cristiano Zanetti²², o domínio dos contratos é marcado pelo risco. E a materialização dos riscos ganha efetiva importância quando se têm presentes os contratos de execução diferida.

O risco do contrato de mútuo é altíssimo. Após analisar as condições financeiras e econômicas do interessado, a instituição financeira concede a integralidade (ou a integralidade por etapas da obra) do valor pretendido na esperança de receber, futuramente, mediante o pagamento de juros, o valor emprestado. Mas os riscos são inúmeros: o mutuário pode perder o emprego, pode ter a sua atividade comercial extinta, entre outros fatores.

Realizado esse juízo de valores é que o empresário calcula os riscos da sua atividade. Certamente o agente financeiro, ao conceder empréstimo ao adquirente, realiza esse juízo de valores considerando o risco de *inadimplência* do consumidor, bem como o risco de não dispor de sua garantia (a unidade autônoma), em caso de não entrega da obra²³.

Não nos parece, contudo, que o risco contratual do agente financeiro deva ser ampliado pelos vícios da construção pelo simples argumento da função social. A nosso ver, esse não é o melhor argumento.

3.2. Responsabilidade do agente financeiro pelo acompanhamento técnico das obras

Alguns acórdãos também costumam referir que a responsabilidade solidária, no SFH, decorreria, também, porque o agente financeiro teria como obrigação realizar o acompanhamento *técnico* das obras.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, em determinado julgado²⁴ asseverou que “a CEF não se resume simplesmente à verificação do cumprimento de cronograma, mas, sobretudo exerce *fiscalização técnica*, relativa à engenharia e à arquitetura do empreendimento financiado”.

Em outro julgado²⁵, valendo-se de instruções normativas do BNH²⁶, o mesmo tribunal sugere que a responsabilidade de acompanhamento técnico deve ser imposta ao agente financeiro. Para tanto, é suscitada a Resolução 31, do conselho de administração do BNH que sustenta a responsabilidade do agente financeiro verificar se “as obras, então financiadas, obedecem ao projeto ou projetos, memorial descritivo, orçamentos e demais documentos apresentados com sua proposta, inclusive pela aplicação de materiais inferiores ao descrito”.

Ocorre que a própria resolução, mais à frente, afirmava que “a vistoria de que trata este item será feita, exclusivamente, para efeito de fiscalização da aplicação do financiamento ou refinanciamento, sem qualquer responsabilidade pelas obras ou sua fiscalização”.

Daí a dúvida: as vistorias das obras realizadas pelos agentes financeiros têm por escopo proteger o consumidor? Ou esse acompanhamento é realizado em favor do próprio agente financeiro, considerando que todo o contrato de mútuo está garantido pelo imóvel que lhe foi dado em garantia, por meio de alienação fiduciária?

A questão não é simples. Enquanto o Superior Tribunal de Justiça, como verificado, entende que é atribuição do agente financeiro realizar a vistoria *técnica* do empreendimento no SFH, respondendo, portanto, pelos eventuais vícios construtivos, outros julgados de outros tribunais²⁷ entendem que “o acompanhamento da execução das obras realizadas por engenheiros da CEF tem por finalidade exclusiva a medição do andamento da obra e verificação da aplicação dos recursos para liberação das parcelas sem qualquer responsabilidade técnica pela edificação”.

Da mesma forma já se consignou que “a alegação de que a CEF fiscalizava a obra não se mostra convincente, pois a referida ‘fiscalização’ não era para aferir a solidez daquela, nem tampouco para garantir sua segurança e qualidade técnica, mas, sim, tão somente para verificação do cronograma da obra para fins de liberação das parcelas do financiamento²⁸”. Ademais, nesses termos são os contratos firmados pela CEF com os demais adquirentes. Reforçando esse entendimento, acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região²⁹ afirmou que “a CEF não é um PROCON, que fiscalize a obra em benefício de potenciais compradores; a sua fiscalização tem em mira seus interesses próprios, de natureza empresarial e comercial”.

Parece-nos, realmente, que a fiscalização que o agente financeiro realiza na obra não se dá em favor dos consumidores, mas no próprio interesse do mutuante. Considerando-se que os contratos de mútuo são de longa duração, com o pagamento do saldo devedor em vinte ou trinta anos, nada mais razoável do que o agente financeiro realizar a fiscalização da obra, de forma a constatar que a sua garantia está sendo bem executada, suficientemente para garantir a dívida do mutuário por muitos anos.

Não nos parece que essa vistoria obrigue, automaticamente, o agente financeiro a realizar a fiscalização *técnica* da obra, com olhos de peritos, para consignar (i) que as obras atendem as normas técnica da engenharia, (ii) que foram utilizados os materiais corretos, (iii) que o projeto está sendo executado perfeitamente e assim por diante. Não há qualquer obrigação ao mutuante de realizar essa fiscalização, seja por determinação contratual ou legal.

Devemos separar o joio do trigo. Uma coisa é o contrato de mútuo, firmado entre adquirente e instituição financeira, com o objetivo de

realizar empréstimo de valores, mediante a cobrança de juros. Outra coisa é um contrato de prestação de serviços, de um escritório especializado em engenharia, para fins de fiscalizar de forma técnica determinada obra. Por fim, coisa diversa é o contrato de compra e venda de unidade futura, celebrado entre construtora e o adquirente, pelo qual aquela se compromete a construir o imóvel, nos termos do memorial descritivo e este, a pagar o preço ajustado. Esse argumento, portanto, também não nos é convincente, ou seja, o agente financeiro não está obrigado a fiscalizar tecnicamente a obra da qual concedeu financiamento ao adquirente.

3.3. A rede contratual ou contratos coligados e a responsabilidade solidária

Conforme Rodrigo Xavier Leonard³⁰, entende-se por redes contratuais a coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável nexos econômico, funcional e sistemático.

Ainda segundo o professor Rodrigo Leonardo, há uma finalidade operacional comum entre os diversos agentes econômicos interessados em potencializar benefícios e minimizar riscos. Para que a interligação contratual forme um sistema, mostra-se necessário que seus elementos (os contratos) se encontrem em conexão.

É da necessidade de crédito, tanto para a produção quanto para o consumo, que surgem, em verdade, as redes contratuais no mercado imobiliário habitacional, envolvendo negócios voltados para a produção, comercialização e garantia dos respectivos créditos concedidos. Para tanto, basta ver que em diversos contratos de mútuo aos consumidores, o agente financeiro requer a anuência do construtor. Há, portanto, clara coligação contratual.

Ademais, a esse respeito, em paradigmático julgado na matéria, o Superior Tribunal de Justiça³¹ decidiu que, “conquanto seja possível isolar cada elemento em particular, as operações básicas da construção e do financiamento não admitem cisão, porquanto perderam a autonomia e simetria completa com a tipologia usual. Elas se fundiram, sem prejuízo de certas variações, num tipo novo: ‘o negócio de aquisição da casa própria’”.

Francisco Marino³², estudioso do tema, conceitua os contratos coligados como contratos que, por força de disposição legal, de natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca³³.

Nesses termos, o autor³⁴ diz que é cabível afirmar que “o fundamento jurídico das consequências da coligação contratual formada por financiamento

e fornecimento para consumo ostenta dupla índole. Por um lado, apoiam-se elas, diretamente, na existência de coligação contratual e na respectiva teoria, que tipifica as consequências mais importantes e permite a fértil transposição, para esse campo, das soluções gerais ali encontradas. Por outro, baseiam-se nas normas de tutela do consumidor, especificamente na cláusula geral, dispersa por diversas normas do CDC, de responsabilidade solidária dos fornecedores participantes da mesma cadeia de fornecimento. O que permite concluir pela participação na mesma cadeia de fornecimento é, precisamente, a existência de coligação entre os contratos.”

Considerando-se a coligação entre os contratos, poderíamos afirmar a responsabilidade do agente financeiro pelos vícios causados, exclusivamente, pelo construtor?

Para Rodrigo Xavier Leonardo³⁵, “se os fornecedores constituem redes contratuais para poder melhor negociar seus produtos e serviços no mercado de consumo, devem comprometer-se a sustentar o sistema por eles mesmo criado, o que implica deveres de conduta compatíveis

com a necessária estabilidade, persistência temporal e equilíbrio do sistema. Assim, quando um dos elementos do sistema age em desconformidade com estes deveres de conduta, levando a cabo, por exemplo, vender produtos ou serviços com vícios de qualidade, os direitos, as pretensões, as ações e as exceções que surgem de tais fatos em favor do consumidor podem ser opostas a qualquer dos sujeitos integrantes da rede”.

Especificamente a respeito do SFH, o professor Rodrigo assevera que, nesse sistema, “os diversos agentes (incorporadora, financiador e segurador) se comprometem a uma prestação única, qual seja, propiciar ao mutuário a aquisição do imóvel por meio de uma única contraprestação: pagamento das parcelas do financiamento”.

Em suma, tratando-se de uma rede de contratos ou contratos coligados, segundo alguns autores, a eficácia do contrato de financiamento atingiria a responsabilidade do agente financeiro a responder pelos vícios da construção.

Em nossa opinião, nesse tipo de contrato, certamente há coligação contratual, fato que pode ensejar diversas consequências na eficácia dos contratos. A exemplo disso, entendemos que, havendo ação redibitória, com a resolução do contrato de venda e compra, o agente financeiro também sofrerá as consequências desse fato, com a extinção automática do contrato de financiamento.

A fiscalização que o agente financeiro realiza na obra não se dá em favor dos consumidores, mas no próprio interesse do mutuante

É diferente, contudo, de se afirmar que, pela coligação contratual, o agente financeiro possa responder pela má execução da obra, cuja obrigação pela construção cabia exclusivamente a terceiros. Não nos parece que a coligação contratual possa ter tamanha influência na eficácia do contrato firmado entre construtor e consumidor.

3.4. Teoria da aparência

Segundo Vitor Frederico Kümpel³⁶, a aparência é a proteção, pelo sistema jurídico (princípios e regras), garantindo existência, validade e eficácia a determinadas relações jurídicas, por haver uma exteriorização (publicidade) divorciada da realidade, a qual faz crer a todos na seriedade do negócio jurídico, pela incidência da boa-fé objetiva e, principalmente, ao terceiro legitimado (boa-fé subjetiva), gerando regulares efeitos econômicos diretos e indiretos, muito embora a situação protegida esteja estribada numa relação insubsistente.

Como bem salientado pelo autor³⁷, a teoria da aparência está toda ela aparelhada na proteção do terceiro, pois é a confiança legítima do terceiro que agiu de boa-fé, objetiva e subjetiva, isto é, boa-fé padronizada e boa-fé psicológica, que faz produzir consequências jurídicas, muitas vezes em situações inexistentes ou inválidas, mas que tem que produzir efeitos jurídicos válidos.

Seguindo essa linha, nos contratos de aquisição da casa própria, alguns defendem que o consumidor, quando se depara com o financiamento realizado por uma sólida instituição financeira, poderia imaginar que adquire o bem com a segurança daquele agente financeiro.

Esse fundamento foi utilizado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, quando do julgamento do REsp 738.071/SC³⁸, que atestou: “É bem de ver que a participação do agente financeiro na construção do empreendimento, mormente quando se trata de sólida instituição, como é o caso da CEF – afigura-se, à ótica do consumidor, hipossuficiente por essência, como uma parceria com a construtora/incorporadora, reforçando a confiança depositada pelo comprador na solidez e segurança do imóvel. Ao celebrar um contrato de compra e venda de imóvel, cuja obra ostenta a marca de sólida instituição como sendo a financiadora do empreendimento, o consumidor crê, de veras, no entrelaçamento obrigacional entre a construtora e o agente financeiro da obra e essa aparência de garantia, essa legítima expectativa, com a qual concorreu e dela se beneficiou a instituição financeira, em nome do princípio da boa-fé, deve ser tutelada.”³⁹

Tratando a respeito do tema, o defensor público Feliciano de Carvalho⁴⁰ afirma que “se o agente financeiro faz propaganda junto ao empreendimento, ou detém qualquer privilégio em relação ao mercado para determinada construção, resta evidente a responsabilidade pela obra em si uma vez que a aparência demonstra clara parceria econômica, mesmo que entre financiador e construtor não exista nada formalizado. (...) quebra o valor contratual de lealdade e cooperação o fato de o agente financeiro passar para o consumidor que este estará fazendo um ótimo negócio, em face das demonstrações de qualidade do bem, somente para conseguir prestar o serviço de financiamento para mais um consumidor – que será muito bem remunerado pelos juros pagos pelo adquirente – e, caso surjam defeitos que desequilibram o contrato, discursar no sentido de inexistir responsabilidade do empresário/banco financiador”.

Com o devido respeito à opinião firmada por demais juristas, também não nos parece que seria possível responsabilizar o agente financeiro sob a alegação de que, pela teoria da aparência, o consumidor poderia crer estar adquirindo a propriedade com o “aval” técnico do mutuante.

É possível ao consumidor acreditar que o mutuante analisou projetos, viabilidade técnica da obra, bem como condição técnica e financeira do agente construtor. Todavia, não nos parece que a teoria da aparência poderia estender por demais a responsabilidade do agente financeiro, fazendo com que o consumidor acreditasse que além de financiar a obra, o agente financeiro seria o responsável *técnico* pela perfeição da mesma. Em nossa opinião, o consumidor tem condições suficientes de distinguir a operação financeira do contrato de construção.

Conclusão

Tal como advertido no início deste trabalho, o objetivo do presente não foi adentrar na responsabilidade civil do *construtor* pelos vícios construtivos reclamados pelos adquirentes. A respeito desse tema, sobram trabalhos doutrinários⁴¹. Não se tenha dúvidas de que, tratando-se de relação de consumo, o construtor deverá responder pelos vícios construtivos, independente de culpa (responsabilidade objetiva⁴²), durante o prazo de garantia a que alude o art. 618 do Código Civil⁴³.

O escopo aqui pretendido, por sua vez, não é tão simples. Constatando-se os vícios construtivos, o nexo de causalidade da conduta do construtor

pode ser estendido ao agente financeiro, que tão somente concedeu crédito para que o consumidor pudesse adquirir sua unidade?

Segundo Sergio Cavalieri Filho⁴⁴, “o nexos causal é verificado mediante a mera relação de causa e efeito determinada pelas leis naturais”. É o “elo naturalístico entre a conduta e o resultado”.

A única forma de estendermos o nexos de causalidade entre a conduta do agente financeiro com os vícios construtivos seria demonstrar qualquer tipo de culpa do mutuante. Mas que culpa atribuir ao agente financeiro pelos vícios construtivos?

Para nós, a culpa do agente financeiro decorre apenas do descumprimento de suas obrigações pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais, estabelecidas na seara do contrato de financiamento. O vício da construção, em nosso ver, não pode ser atribuído ao agente financeiro, considerando-se que as responsabilidades de construtor e agente financeiro são distintas⁴⁵.

A discussão, em verdade, tem por plano de fundo saber se o agente financeiro é obrigado a realizar a fiscalização da obra. Seja pela teoria da aparência, seja pelos princípios que norteiam a relação civil e de consumo, ousamos dizer que o agente financeiro não é obrigado a fiscalizar os trabalhos do construtor.

Analisando-se friamente todos os fundamentos dos julgados colacionados, bem como a opinião de outros autores, entendemos que, tecnicamente, não há como imputar a responsabilidade do agente financeiro pelos vícios construtivos verificados na obra.

A responsabilidade do mutuante, em nossa opinião, está limitada ao próprio contrato de mútuo. Não se pode atribuir a responsabilidade pelo vício da construção à instituição que resolveu conceder crédito ao consumidor para aquisição da unidade imobiliária. Essa tarefa, contratualmente e legalmente é e deve ser atribuída ao construtor ou incorporador, que tem por obrigação legal entregar a obra consoante determinam as boas regras de engenharia.

A solidariedade, como se sabe, nos termos do art. 265 do Código Civil, não se presume. Para que o nexos de causalidade seja estendido ao agente financeiro é necessário demonstrar que em determinado momento este agiu com culpa. Não havendo culpa do agente financeiro, não há nexos e, portanto, não há responsabilidade pelos vícios construtivos.

O vício da construção não pode ser atribuído ao agente financeiro

Notas

¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 47.

² Idem, *ibidem*, p. 48.

³ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 59.

⁴ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sergio. *Propriedade fiduciária imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 19-20.

⁵ *In*: SFI: Como funciona o novo Sistema de Financiamento Imobiliário. Disponível em: http://www.abecip.org.br/imagens/conteudo/publicacoes_e_artigos/sfi_-_como_funciona_o_novo_sfi.pdf. Acesso em 27 de Outubro de 2014.

⁶ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sergio. *Propriedade...* ob. cit., p. 18.

⁷ É interessante notar, ainda, trecho do acórdão, que ressalta: “Não se pode alocar recursos públicos em troca de moradias mal construídas, como se as pessoas de baixa renda fossem seres humanos de menor qualidade, passíveis de serem alojados em locais insalubres e perigosos apenas para satisfazer a *demagogia dos governos. Pobre não é lixo*, que pode ser colocado em qualquer lugar – *pobre tem os mesmos direitos* que os mais bem postos na vida e precisa ser mais respeitado neste país onde os governantes tratam os humildes como ‘massa de manobra’, ou como meros tolos.” Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo de Instrumento nº 0041813-70.2009.4.03.0000/SP, Rel. Des. Johansom di Salvo. j. 30 de novembro de 2010.

⁸ Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Cível nº 0021294-05.2012.03.6100, Rel. Des. José Lunardelli, j. 26 de agosto de 2014

⁹ Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo de Instrumento nº 0001594-10.2012.4.03.0000, Rel. Des. Johansom di Salvo, j. 27 de junho de 2012. No mesmo sentido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo de Instrumento nº 20080300462478, Rel. Des. Ramza Tartuce, DJF 18 de agosto de 2011.

¹⁰ Tribunal Regional da 2ª Região. Apelação Cível nº 1997.51.030959-6, Rel. Antonio Cruz Netto, DJF de 25 de novembro de 2011. Mas há outros julgados: Nessa senda: “Não se justifica a presença da Caixa Econômica Federal, na qualidade de mero financiador do empreendimento imobiliário, no polo passivo da demanda. A alegação de que a ré fiscalizava a obra não se mostra convincente, pois a referida ‘fiscalização’ não era para aferir a solidez daquela, nem tampouco para garantir sua segurança e qualidade técnica, mas sim, tão somente, para verificação do cronograma da obra para fins de liberação das parcelas do financiamento” (Agravo de Instrumento nº 2005.02.01.004792-4, Rel. Des. Vera Lúcia Lima, DJ de 17 de outubro de 2005); “os contratos de construção e de mútuo são independentes entre si, não sendo, portanto, o agente financeiro responsável pelo empreendimento da obra, mas tão somente pelo financiamento para a aquisição do bem imóvel, através do Sistema Financeiro da Habitação” (Agravo de Instrumento nº 2004.02.01.012676-5, Rel. Des. Paulo Espírito Santo, DJ de 04 de outubro de 2006). “As alegadas irregularidades na construção do imóvel não se inserem na esfera do contrato de mútuo celebrado com a CEF. Com efeito, não foi estabelecido vínculo contratual entre os demandantes e a CEF, a qual, conseqüentemente, não detém legitimidade para figurar no polo passivo de ação onde se pleiteia a revisão de relação jurídica material estabelecida entre a construtora e os adquirentes dos imóveis construídos (ou em fase de construção)” (Apelação Cível nº 2000.51.02.003494-3, Rel. Des. Sergio Schwaitzer, DJ de 02 de maio de 2007).

¹¹ Apelação Cível nº 97.02.17377-9, Des. Rel. Juiz Convocado Guilherme Couto. DJ de 29 de agosto de 2006.

¹² Apelação Cível nº 2000.02.01.051816-9, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. DJ de 16 de abril de 2007. No mesmo sentido: Apelação Cível nº 2001.02.01.046445-1, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, j. 06 de outubro de 2005.

¹³ Apelação Cível nº 0002281-93.2011.4.05.8300, Rel. Des. Geraldo Apoliano, j. 8 de maio de 2014.

¹⁴ Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Apelação Cível nº AC 569113/PE, Rel. Des. Manoel Erhardt. j. 11 de junho de 2014. No mesmo sentido, vejam-se outros acórdãos do mesmo Tribunal: Apelação Cível nº AC 569356/PE, Rel. Des. Ivan Lira de Carvalho, j. 15 de abril de 2014, Apelação Cível nº AC 5677589/PB, Rel. Des. Rogerio Fialho Moreira, j. 18 de fevereiro de 2014 e Apelação Cível nº AC 564793, Rel. Des. Margarida Cantarelli, j. 26 de novembro de 2013.

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça, REsp 738.071/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 9 de agosto de 2011.

¹⁶ Superior Tribunal de Justiça, REsp 738.071/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta turma, julgado em 09 de agosto de 2011.

¹⁷ Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.043.052/MG, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Quarta turma, julgado em 8 de junho de 2010.

¹⁸ AgRg no AREsp 33.888, Rel. Sidnei Beneti, j. 07/02/2012; AgRg no AREsp 38.225, Rel. Sidnei Beneti, j. 17/11/2011; REsp 738.071, Rel. Luis Felipe Salomão, j. 09/08/2011; AgRg no Ag 1.125.124, Rel. Massami Uyeda, j. 16/11/2010, AgRg no Ag 1.061.396, Rel. Sidnei Beneti, j. 23/06/2009; AgRg no REsp 572.819, Rel. Paulo Furtado, j. 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 1.037.904, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17/02/2009; AgRg no Ag 915.120, Rel. Sidnei Beneti, j. 18/11/2008; AgRg no Ag 90.290, Rel. Sidnei Beneti, j. 21/08/2008, REsp 647.372, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 28/06/2004; REsp 45.925, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 20/04/2011, REsp 51.169, Rel. Min. Ari Pangendler, j. 09/12/1999.

¹⁹ REsp 897.045, Rel. Min. Isabel Gallotti, j. 09/10/2012; REsp 1.102.539, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09/08/2011 e REsp 1.043.052, Rel. Honildo Amaral de Mello, j. 08/06/2010; REsp 1.163.228, Rel. Maria Isabel Gallotti, j. 9/10/2012.

²⁰ TARTUCE, Flavio. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007. p. 415.

²¹ REsp 738.071. Além disso, o julgado ainda assevera: “Os agentes financeiros também são conclamados a participar da consecução dessa finalidade nobre de facilitação da aquisição da casa própria, de sorte que, se por um lado a fiscalização da construção do empreendimento dá força e garantia ao sistema, por outro lado – do ponto de vista do mutuário, que é, em primeira análise, o destinatário final de todo o escopo do SFH –, tal providência restaria esvaziada caso o agente financeiro não fosse corresponsável por eventuais vícios na construção do imóvel.”

²² ZANETTI, Cristiano. O risco contraual. In: Teresa Ancona Lopes; Patrícia Faga Iglecias Lemos e Otavio Luiz Rodrigues Junior (coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 466.

²³ Relembre-se que a garantia para a concessão do mútuo no financiamento imobiliário decorre do sistema da alienação fiduciária, nos termos da Lei 9.514/97.

²⁴ Superior Tribunal de Justiça, REsp 738.071/SC, Rel. Luis Felipe Salomão, j. 09 de agosto de 2011.

²⁵ Superior Tribunal de Justiça, REsp 51.169/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 15 de junho de 1999.

²⁶ Estranhou este autor o fato do STJ ter aplicado, no ano de 1999, instruções normativas do BNH, datadas de 1984, considerando-se que, nos termos da Decreto-lei 2.291/1986, essa instituição financeira foi extinta no ano de 1986.

²⁷ Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo de Instrumento n. 0001594-10.2012.4.03.0000, Rel. Des. Johansom di Salvo, j. 26 de junho de 2012.

²⁸ Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Agravo de Instrumento n. 2005.02.01.004792-4, Rel. Des. Vera Lúcia Lima, DJ 17 de outubro de 2005.

²⁹ Tribunal Regional da 5ª Região, Apelação Cível n. 97.02.17377-9, Rel. Guilherme Couto, DJ de 29 de agosto de 2006.

³⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes...* ob. cit., p. 145/146.

³¹ Superior Tribunal de Justiça, REsp 51.169/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 09 de dezembro de 1999. Segundo o julgado: “a solidariedade do agente financeiro decorre do próprio negócio – um só, e não dois, o qual foi ajustado como ‘negócio de aquisição da casa própria’”. Ademais, no mesmo sentido: “DIREITO CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALENCIA SALARIAL VERSUS CLAUSULAS DE REAJUSTE PELOS INDICES APLICADOS A POUPANÇA LIVRE. 1- “Nos contratos regidos pelo sistema financeiro da habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos: a) o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico; b) o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade; c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte; d) o de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato.2 - há de ser considerada sem eficácia e efetividade contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do plano de equivalência salarial. 3 - RECURSO PROVIDO” (REsp 85.521/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/04/1996, DJ 03/06/1996, p. 19219). Por fim, o REsp 1.102.539/PE declarou que “as operações básicas da construção e do financiamento não admitem cisão, porque perderam a autonomia e a simetria completa com a tipologia usual, resultando em um tipo novo de negócio, denominado de ‘negócio de aquisição da casa própria’”.

³² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221-222.

³³ Para o professor Claudio Luiz Bueno de Godoy, ‘na coligação contratual há uma finalidade econômica comum das partes, que faz os ajustes entre si subordinados. Os negócios coligados perseguem

um mesmo fim econômico e se completam na prossecução desse objetivo comum” (GODOY, Claudio Luiz Bueno, *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 151).

³⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos...* ob. cit., p. 221.

³⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes...* ob. cit., p. 200.

³⁶ KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 58.

³⁷ KÜMPEL. Idem, *ibidem*, p. 55.

³⁸ Superior Tribunal de Justiça, REsp 738.071/SC,. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 9 de agosto de 2011.

³⁹ Noutro julgado, também restou assentado que “a empresa que permite a utilização da logomarca, de seu endereço, instalações e telefone, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era responsável pelo empreendimento consorcial, é parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nesses fatos” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 139.400/MG, de relatoria do Min. Cesar Asfor Rocha, julgado no dia 3 de agosto de 2000).

⁴⁰ CARVALHO, Feliciano. Vícios de construção do imóvel financiado: conexão contratual e responsabilidade do agente financeiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVII, n. 59, p. 48.

⁴¹ Em especial: DEL MAR, Carlos Pinto. *Falhas, responsabilidades e garantias na construção civil*. São Paulo: Método, 2007; GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Biblioteca de Direito do Consumidor, 30); MARIANO, João Cura. *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013. ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil nos contratos de construção, empreitadas e incorporações. In: Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 223 a 253. AMARAL JR. Adalberto. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, p. 100-123. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. AZEVEDO, Alvaro Villaça. Responsabilidade Civil do Empreiteiro. Natureza normativa do Artigo 1245 do Código Civil (de 1916). *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 14, de julho de 1992. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Da empreitada. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴² Código de Defesa do Consumidor, art. 12.

⁴³ Ultrapassado o prazo de garantia, o consumidor ainda possui pretensão indenizatória contra o construtor. A respeito dos prazos e aspectos controvertidos do art. 618, do Código Civil: GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contrato de empreitada e inexecução: aspectos controvertidos envolvendo prazos do exercício de pretensões e direitos*. Trabalho apresentado como forma de cumprimento dos requisitos do crédito do professor. Villaça, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP).

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62.

⁴⁵ Naturalmente que, tratando-se do PAR, a responsabilidade do agente financeiro é evidente, como visto anteriormente.

Referências

- ALPA, Guido. Errore di Progettazione e Responsabilità del Costruttore. *Giurisprudenza Italiana*, 1973, I, pp. 1205-1212.
- _____. Responsabilità Decennale del Costruttore e Garanzia Assicurativa, *Rischio Contrattuale e Autonomia Privata*. Org.: Guido Alpa, Mario Bessone e Enzo Roppo. Nápoles: Jovene, 1982.
- AMARAL JR. Adalberto. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, p. 100-123. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- AZEVEDO, Alvaro Villaça. Responsabilidade Civil do Empreiteiro. Natureza normativa do Artigo 1245 do Código Civil (de 1916). *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 14, de julho de 1992, 3/7292, p. 324.
- BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Da empreitada. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 135-164.
- CARVALHO, Feliciano. Vícios de construção do imóvel financiado: conexão contratual e responsabilidade do agente financeiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVII, n. 59.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62.
- DEL MAR, Carlos Pinto. *Falhas, responsabilidades e garantias na construção civil*. São Paulo: Método, 2007.
- GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Biblioteca de Direito do Consumidor, 30).
- GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARIANO, João Cura. *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sergio. *Propriedade fiduciária imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1996.
- SILVA, João Calvão da. *Compra e venda de coisas defeituosas: conformidade e segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- TARTUCE, Flavio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Contrato de construção e responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

ZANETTI, Cristiano. O risco contratual. In: Teresa Ancona Lopes; Patrícia Faga Iglecias Lemos e Otavio Luiz Rodrigues Junior (coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 455 a 468.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil nos contratos de construção, empreitadas e incorporações. In: Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 223 a 253.

ANOTAÇÕES
SOBRE O RISCO DE
DESENVOLVIMENTO:
ANÁLISE DO CASO DA
TALIDOMIDA

JULIANE TEIXEIRA MILANI*
Advogada

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ**
Advogado. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR)

RESUMO

A talidomida é o clássico exemplo de risco de desenvolvimento, isto é, de um produto que quando inserido no mercado de consumo não apresentava risco à saúde do consumidor, todavia, com o avanço tecnológico, descobriu-se sua periculosidade. Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor não incorporou expressamente o risco de desenvolvimento como uma excludente da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, razão pela qual a doutrina se divide sobre o tema. O objetivo primordial dessa pesquisa foi levantar os principais posicionamentos acerca da adoção, ou não, do risco de desenvolvimento como uma hipótese de exclusão da responsabilidade do fornecedor pelos danos decorrentes de seu produto. Ao fim do presente estudo, conclui-se que, no Brasil, existem duas correntes doutrinárias sobre o tema.

* Outra qualificação da autora

Bacharel em Direito pela Universidade Positivo juliane_milani@hotmail.com

** Outras qualificações do autor

Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (IBEJ). Professor integrante do Núcleo Stricto Sensu em Direito da UNOCHAPECÓ. Coordenador dos Cursos de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil (2011 a 2014), Direito Contratual (2013 e 2014) e Direito Empresarial (2011) do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor convidado de diversos cursos de Pós-graduação. Membro do Conselho Editorial de vários periódicos especializados nacionais e da Revista Education and Science without Borders (Cazaquistão). Vice-presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB/PR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Diretor Científico do INTER (Instituto de Pesquisas em Comércio Internacional e Desenvolvimento). frederico@fredericoglitz.adv.br

1. Introdução: Talidomida, fato do produto e exclusão da responsabilidade civil

Descoberta em 1953¹, a talidomida começa a ser comercializada a partir de 1957² como medicamento indicado para tratamento de enjoo em gestantes. Os experimentos realizados em roedores haviam constatado efeitos extremamente potentes, aparentemente sem contraindicações³. Em pouco tempo, o produto era comercializado de forma indiscriminada como medicamento seguro e atóxico, sem a necessidade de prescrição médica⁴, tornando-se, rapidamente, o remédio mais comercializado na Alemanha⁵.

Simultaneamente à expansão comercial da talidomida, começam a surgir os primeiros relatos de efeitos colaterais do medicamento⁶ e, a partir de 1959, relata-se o aumento significativo do nascimento de crianças com malformações congênicas: focomelia⁷, amelia (ausência completa de um membro), ausência de órgãos internos, malformação em mãos e pés, surdez, cegueira, ausência de orelha, defeitos no coração, entre outras deformidades⁸.

Somente em 1961 é que se sugere que tais deformidades pudessem estar relacionadas ao uso da talidomida durante o período de gestação e seu efeito teratogênico⁹. Neste momento, contudo, já havia milhares de crianças vítimas da focomelia, especialmente na Alemanha e na Inglaterra. Em resposta a estas suspeitas, o laboratório fabricante retirou a talidomida do mercado alemão naquele mesmo ano.

No Brasil, a talidomida começou a ser comercializada apenas a partir de 1958 por diversos laboratórios, sob os mais diversos nomes¹⁰. Apesar do alerta internacional, ela continuou sendo comercializada até meados de 1965¹¹, o que criou entre nós a chamada segunda geração de vítimas da talidomida¹².

A primeira ação indenizatória movida pelas vítimas da talidomida em face da União perdurou por onze anos¹³, resultando na concessão de uma pensão alimentícia vitalícia às vítimas que conseguissem comprovar o nexo de causalidade entre as malformações e o uso do medicamento¹⁴.

É somente a partir desse momento que, lentamente, os direitos dos portadores da síndrome da talidomida começam a ser reconhecidos pelo direito brasileiro¹⁵. Atualmente a comercialização da talidomida no Brasil é proibida. O medicamento somente é distribuído pelos programas do Sistema Único de Saúde (SUS), em postos ou hospitais para o tratamento exclusivo de hanseníase¹⁶.

O que se constata, então, a partir desta brevíssima análise fática, é que o desenvolvimento tecnológico, especialmente quando associado a medicamentos, pode vir a colocar em risco a própria segurança do consumidor a que se destina. Trata-se, por certo, de efeito colateral deste mesmo desenvolvimento, mas estes seus efeitos paradoxais não podem ser ignorados.

O caso Talidomida, mormente quando analisado sob a perspectiva brasileira, em que o produto segue sendo vendido apesar de sérias dúvidas sobre seu potencial teratológico, é, justamente, um motivador do raciocínio que se pretende colocar a prova. Pode-se este caso (Talidomida) representar um exemplo do que, atualmente, seria denominado “risco do desenvolvimento” (ainda que em hipótese, já que a legislação não era vigente na época)?

Ora, o principal motivo da inserção de um produto no mercado é o atendimento das necessidades do consumidor. Sendo assim, é essencial que esses produtos funcionem adequadamente ou atinjam a finalidade que deles legitimamente se espera¹⁷. Ademais, como bem ressalta Antônio Herman V. Benjamin¹⁸, os produtos colocados à disposição do consumidor, além de atingirem uma finalidade econômica, devem também cumprir uma função de segurança¹⁹.

Por essa razão, a Lei 8.078/90 em seu artigo 10 vedou expressamente ao fornecedor a colocação de produtos no mercado que ofereçam um grau de periculosidade ao consumidor. Todavia, ocorrendo acidente de consumo²⁰, o fornecedor estará obrigado a indenizar o consumidor independentemente de culpa.

Sendo assim, pode-se dizer que o dever de responsabilização do fornecedor pelos defeitos²¹ do produto decorre da violação expressa ao dever geral de segurança. Sob essa ótica, referido dever é intrínseco e necessário à atuação do fornecedor no mercado de consumo²².

Entretanto, nem sempre os produtos inseridos no mercado atendem a legítima expectativa do consumidor, podendo, muitas vezes, ocasionar-lhe danos. A esse fenômeno, dos danos causados ao consumidor pelos produtos colocados em circulação, dá-se o nome de fato do produto²³.

O Código de Defesa do Consumidor, embora tenha adotado o sistema de responsabilidade civil objetiva, não tornou o fornecedor um responsável absoluto por todos os riscos e danos. Por essa razão, prevê no artigo 12, § 3º, os casos em que o fornecedor não será responsabilizado. Isso ocorre quando ele comprovar que não colocou o produto no mercado, que o defeito não existe ou quando provar que a culpa é exclusiva da vítima ou de terceiro.

Neste contexto, onde entra o risco do desenvolvimento? Em que medida se pode aceitar que os danos causados por um produto sejam absorvidos pela sociedade como sendo “normais” em razão do necessário progresso material-tecnológico? Até onde o caso Talidomida, no Brasil, pode se encaixar neste contexto?

Por certo que tais indagações não são vazias de sentido. A depender da resposta que se encontre, diversa será a consequência jurídica, pois, como se sabe, o risco do desenvolvimento pode vir a ser alegado como uma excludente da responsabilidade civil.

Este artigo, portanto, se propõe perpassar estas nuances teóricas apresentadas pela doutrina brasileira acerca deste tema, de modo a poder, ao final, esboçar suas notas conclusivas.

Para tanto, parte-se do conceito do que vem a ser o chamado risco do desenvolvimento, abordando-o de forma abrangente e passando pelas diferentes interpretações normativas. Eis o que se faz a seguir.

2. Risco de desenvolvimento

A tragédia do caso talidomida é o exemplo clássico em que um produto é lançado no mercado como seguro, mas que, após seu uso e o avanço tecnológico, demonstra um alto grau de periculosidade à saúde e segurança do consumidor. Permanece, contudo, em aberto se esta situação de fato pode ser considerada um exemplo de “risco do desenvolvimento”²⁴ e, a partir desta caracterização, quais seriam os seus efeitos jurídicos.

Segundo Rui Stoco²⁵, o risco de desenvolvimento se refere a um produto que ao ser lançado no mercado de consumo não apresentava nenhum risco à saúde do consumidor, isso com o grau de ciência e tecnologia disponíveis na época de sua inserção no mercado. No entanto, com o passar do tempo e com o avanço tecnológico, percebe-se que esse produto não mais oferece segurança ao consumidor, podendo lhe causar danos. Nesse mesmo sentido é o conceito trazido por Sérgio Cavalieri Filho²⁶ e por Marcelo Junqueira Calixto²⁷, sendo que esse último ainda acrescenta que para a análise do risco de desenvolvimento deve ser levado em conta o “mais avançado estado da ciência e da técnica²⁸ no momento da introdução do produto no mercado de consumo”.

Fernando Buscher von Teschenhausen Eberlin²⁹ afirma que o risco de desenvolvimento se refere aos casos em que o produto não oferece uma segurança plena ao consumidor. Isso em decorrência de sua natureza, como

ocorre nos casos em que o produto é inerentemente perigoso (por exemplo, facas e tesouras) ou também pela ausência de informação.

Segundo referido autor³⁰, o risco de desenvolvimento nada mais é do que a descoberta, após a inserção do produto no mercado e o avanço tecnológico, de que esse produto oferece riscos à segurança e saúde do consumidor. Deste modo, o ponto fundamental para se analisar o risco de desenvolvimento é o “estado da arte³¹”, ou seja, a tecnologia disponível no momento em que o produto passa a estar no mercado de consumo.

Nesse sentido, o risco de desenvolvimento como defeito do produto deve ser analisado sob dois aspectos, um de caráter “temporal” e outro de caráter “técnico”. No que se refere ao requisito temporal, Calixto³² afirma que deve ser levado em conta o momento da inserção do produto no mercado de consumo, considerando o conhecimento técnico e científico disponível naquele instante. O segundo requisito, por sua vez, refere-se aos conhecimentos técnicos e científicos utilizados na criação do produto. Exige-se que o fornecedor utilize o mais avançado estado da ciência e da técnica disponível naquele momento, levando em consideração também os posicionamentos minoritários³³.

Partindo dessa premissa, para que o fornecedor possa se eximir de possível responsabilidade, seria necessário que ele comprovasse, através de critérios técnicos e científicos, que com o estado em que a ciência se encontrava à época do lançamento do produto não era possível conhecer ou deduzir seus riscos³⁴.

Cabe destacar que o risco de desenvolvimento não se refere a uma mera evolução tecnológica de determinado produto³⁵, mas sim de produtos que, por sua natureza, inerentemente oferecem riscos ao bem-estar do consumidor³⁶.

O grande questionamento que se faz frente ao Código de Defesa do Consumidor atualmente é se o risco de desenvolvimento pode, ou não, ser invocado pelo fornecedor como uma excludente de sua responsabilidade aos danos causados³⁷. Faz-se tal indagação porque à época em que o produto foi lançado no mercado, com os conhecimentos técnicos e científicos disponíveis naquele momento, não era possível conhecer seus riscos³⁸.

2.1. O risco de desenvolvimento sob a perspectiva do direito brasileiro

A questão acerca do risco de desenvolvimento no direito brasileiro ainda não se encontra pacificada, vez que o legislador optou por não abordar o tema expressamente. Portanto, existem doutrinadores que sustentam a ideia de excludente de responsabilidade e outros que alegam que o fornecedor deve sim ser responsabilizado por eventuais danos³⁹.

Parte da doutrina acredita que, pelo fato de o risco não ser cognoscível no momento em que o produto é lançado no mercado, o fornecedor não pode ser responsabilizado por eventuais danos decorrentes dele⁴⁰. Nesse caso, por exemplo, todos os danos acarretados pelo uso da talidomida durante a gravidez não seriam indenizados.

Por outro lado, há também quem sustente que o risco de desenvolvimento jamais poderia ser considerado uma excludente de responsabilidade do fornecedor, pois o empresário sempre deve ser responsabilizado pelos produtos que insere no mercado⁴¹. Se assim fosse, os fornecedores da talidomida seriam obrigados a indenizar todas as vítimas do medicamento.

Outrossim, o tema ainda pode ser lido à luz do diálogo das fontes, ou seja, compatibilizando o Código de Defesa do Consumidor com o disposto no artigo 931 do Código Civil de 2002. Nesse caso, os fornecedores da talidomida seriam obrigados a reparar todos os danos decorrentes do uso do medicamento pelo simples fato de terem colocado o produto em circulação.

Estabelecidas as primeiras considerações acerca do tratamento dado ao risco de desenvolvimento no direito brasileiro, parte-se para a análise das três correntes que abordam o tema, como passa a se demonstrar.

2.1.1. Risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade do fornecedor

Como visto anteriormente, em se tratando do tema de risco de desenvolvimento, a doutrina brasileira encontra-se bem dividida. A primeira corrente a ser estudada é a dos autores que defendem que o fornecedor não pode ser responsabilizado pelo risco de desenvolvimento, eis que se trata de uma hipótese de excludente de responsabilidade⁴².

É importante frizar que, ao tratar o risco de desenvolvimento como uma das excludentes de responsabilidade do fornecedor, estar-se-ia afastando, por exemplo, a responsabilidade dos fornecedores da talidomida por todos os danos e prejuízos sofridos pelas vítimas do medicamento.

O argumento mais utilizado para defender esse posicionamento é o de que, caso haja responsabilização do fornecedor, esse seria desestimulado a continuar pesquisando e desenvolvendo novos produtos. Desse modo, responsabilizá-lo pelos riscos de desenvolvimento tornaria a atividade excessivamente onerosa, sendo que tal onerosidade seria repassada ao valor final do produto e, conseqüentemente, ao consumidor⁴³.

Segundo Rui Stoco⁴⁴, as hipóteses narradas no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor compõem um rol meramente exemplificativo.

Portanto, é plenamente aceitável que qualquer situação que exclua o nexo entre causa e efeito seja considerada uma causa de exclusão de responsabilidade.

Desta maneira, a fim de se verificar a nocividade de determinado produto, deve-se considerar o momento em que ele foi lançado no mercado de consumo, isso com o conhecimento técnico disponível naquele momento⁴⁵.

Para justificar seu ponto de vista, Stoco⁴⁶ cita o art. 7º da Diretiva 85/374/CEE da Comunidade Europeia, a qual classifica o risco de desenvolvimento como uma hipótese de exclusão de responsabilidade do fornecedor. Entretanto, como lembra Marco Aurélio Lopes Ferreira da Silva⁴⁷, a diretiva também estabelece em seu artigo 15 que é uma opção de cada Estado-membro adotar essa excludente de responsabilidade.

Partindo também de uma análise do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, Marins⁴⁸ conclui que é plenamente lícito ao fornecedor que ele insira no mercado produtos que não saiba e que nem deveria saber que eram perigosos, eis que, pelo estado em que a ciência e a tecnologia se encontravam naquele momento, não era possível conhecer tais riscos. Portanto, referidos riscos não se enquadrariam em defeitos de informação, criação ou produção⁴⁹.

Além disso, o autor⁵⁰ ainda ressalta que o que deve ser levado em conta para a responsabilização do fornecedor é o tempo em que o produto foi colocado no mercado, vez que não se pode exigir um nível de segurança que sequer era cognoscível pela ciência naquele momento.

Para João Calvão da Silva⁵¹, o que diferencia o defeito do produto do risco de desenvolvimento é o momento em que ele foi lançado no mercado de consumo. De um lado ficam os riscos que poderiam ser conhecidos ou previsíveis e de outro os que eram incognoscíveis, nesse caso o risco de desenvolvimento. Seguindo essa lógica, o fornecedor só seria responsável por aqueles riscos que ele poderia conhecer ou que ao menos eram previsíveis no momento do lançamento do produto.

Eberlin⁵², ao realizar uma análise do artigo 12, chega à conclusão que de fato não há menção expressa à exclusão de responsabilidade do fornecedor pelo risco de desenvolvimento. Entretanto, partindo para uma análise gramatical, ele entende que só existe defeito em um produto quando, no momento em que ele foi colocado em circulação, represente um risco à segurança do consumidor. Dessa forma, se com o avanço tecnológico venha a ser conhecido algum risco desse produto, o fornecedor não será obrigado a reparar o consumidor⁵³.

De igual modo, Gustavo Tepedino⁵⁴ afirma que não se pode confundir o defeito de um produto com a nocividade que ele oferece, ou seja, um produto

pode até ser perigoso, no entanto, se essa nocividade for bem esclarecida pelo fornecedor não haverá um defeito. Sendo assim, não se pode falar em defeito no caso de risco de desenvolvimento, já que no momento de inserção do produto no mercado não era possível conhecer seus riscos.

Fábio Ulhoa Coelho⁵⁵, por sua vez, acredita que, mesmo que o fornecedor seja extremamente cauteloso e utilize os mais diversos tipos de técnicas e conhecimentos disponíveis para verificar possíveis riscos de seu produto, é plenamente aceitável que o produto venha a apresentar “efeitos lesivos” ao consumidor após sua introdução no mercado.

Deste modo, se antes da inserção do produto no mercado o fornecedor tomou todas as precauções e providências possíveis para que eventuais danos não acontecessem, não pode ele ser responsabilizado por um “efeito lesivo” que não era cognoscível⁵⁶.

Por outro lado, há outro posicionamento que deve ser levado em consideração no que se refere ao tema do risco de desenvolvimento. Dito isso, parte-se agora para a análise dos argumentos favoráveis à responsabilização do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento.

2.1.2. Posicionamento favorável à responsabilização do fornecedor pelo risco de desenvolvimento

A segunda corrente doutrinária é a de responsabilização do fornecedor pelos danos provenientes do risco de desenvolvimento⁵⁷. É importante destacar que, embora o tema não esteja pacificado no direito brasileiro, referida corrente é a que tem prevalecido⁵⁸. Segundo ela, os fornecedores da talidomida seriam obrigados a reparar todos os danos causados às vítimas do medicamento, eis que foram os responsáveis por inserir o produto no mercado de consumo.

O principal argumento utilizado pelos defensores desse posicionamento é o de que o rol do artigo 12, § 3º, do CDC seria taxativo. Deste modo, não caberiam outras hipóteses de exclusão de responsabilidade afora as já previstas na mencionada legislação⁵⁹.

Compartilhando desse pensamento, embora não trate especificamente sobre o tema, Rizzato Nunes⁶⁰ demonstra seu entendimento de que o rol é exaustivo quando utiliza o termo “só” para se referir as hipóteses de excludente de responsabilidade⁶¹.

Apresentando um argumento diverso, mas de igual importância, Stoco⁶² aduz que, caso haja responsabilização, haverá uma preocupação muito maior por parte do fornecedor pelos produtos que coloca no mercado.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho⁶³ assevera que “o fornecedor tem de estar sempre atualizado, acompanhando as experiências científicas e técnicas mundiais, e o mais avançado estado da ciência”. Para Marcelo Junqueira Calixto⁶⁴, ao se responsabilizar o fornecedor pelos riscos de desenvolvimento acaba se obrigando que esse fornecedor assuma uma postura muito mais responsável, buscando sempre o mais alto grau de tecnologia, de modo a descobrir e evitar que eventuais riscos sejam repassados ao consumidor. Com o mesmo ponto de vista se manifesta Eduardo Bichis Cassis⁶⁵.

A fim de se verificar a nocividade de determinado produto, deve-se considerar o momento em que ele foi lançado no mercado de consumo

Para Marcelo Junqueira Calixto⁶⁶, não merece prosperar a alegação de que o fornecedor deve ser exonerado de sua responsabilidade, pois não poderia saber dos riscos no momento em que colocou o produto no mercado. Isso porque, de acordo com a responsabilidade objetiva, não é necessário que se comprove a previsibilidade do risco ou defeito; basta que o fornecedor tenha sido o responsável por inserir aquele produto no mercado⁶⁷.

Nesse diapasão, o autor⁶⁸ ainda sustenta que o risco de desenvolvimento representa uma nítida frustração à expectativa de segurança do consumidor que não foi alertado acerca de possíveis riscos do produto. Sendo assim, a simples frustração a uma expectativa legítima do consumidor, por si só, já caracterizaria um defeito do produto.

Sob a ótica de Agostinho Oli Koppe Pereira⁶⁹, ao inserir um produto no mercado, o fornecedor está plenamente ciente dos riscos que enfrentará. Sendo assim, a partir do momento que ele opta por disponibilizar e divulgar seu produto ao consumidor, ele estará assumindo tais riscos, de modo que eventuais danos deverão por ele ser reparados. Para ele⁷⁰, o conceito de risco de desenvolvimento ultrapassa a esfera do risco palpável, previsível e também evitável. No entanto, seja a probabilidade do risco pequena, moderada ou até mesmo inexistente, jamais o fornecedor poderá se eximir dela, eis que não possui conhecimento do futuro e não pode prever as possíveis consequências.

Outros autores que também se posicionam no sentido de responsabilização do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento são Antônio Herman de Vasconcellos, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa⁷¹. Conforme referidos doutrinadores, o risco de desenvolvimento se refere a um “defeito de concepção”. Deste modo, ao fabricar o produto o fornecedor assume todos os riscos decorrentes dele⁷².

Eduardo Bichir Cassis⁷³ ainda traz uma importante consideração acerca do argumento de que eventual responsabilização impediria o desenvolvimento de novos produtos ou pesquisas. Para o autor, esse argumento é completamente inválido, uma vez que existem diversos mecanismos que podem ser adotados pelos fornecedores para minimizar eventuais prejuízos em virtude de indenização pelos riscos de desenvolvimento, como o caso da contratação de seguros.

Além disso, é imprescindível reconhecer que a responsabilização do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento também estaria assegurada por meio dos princípios constitucionais, especialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). Extrai-se, portanto, que o consumidor deve sempre ser protegido em face de tecnologias e produtos que possam lhe causar danos⁷⁴.

Outrossim, como bem determina o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal⁷⁵, os princípios ali elencados não excluem outras garantias e direitos “decorrentes do regime e princípios por ela adotados”. Neste caso, em matéria de risco de desenvolvimento subsistem as regras do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e da Constituição Federal⁷⁶.

Por fim, Cavalieri Filho⁷⁷ cita o Enunciado 43 que foi aprovado na I Jornada de Direito Civil⁷⁸, evento promovido pelo Conselho de Justiça Federal sobre o artigo 931 do Código Civil⁷⁹, o qual estabelece que “a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”.

Observa-se que esse último argumento faz referência a uma nova perspectiva do risco de desenvolvimento, isto é, da sua relação com o artigo 931 do Código Civil. Dada a importância dessa relação, o tema passa a ser tratado brevemente no próximo tópico.

2.1.3. O risco de desenvolvimento e o artigo 931 do Código Civil

Em uma leitura superficial do artigo 931 do Código Civil se poderia entender que ele não compreende as relações de consumo⁸⁰ e tampouco o risco de desenvolvimento. Todavia, isso deve ser analisado com certa ressalva, uma vez que o tema suscita dois posicionamentos diversos⁸¹.

A primeira leitura sobre o tema é feita com base no diálogo das fontes⁸² e no disposto no artigo 7º do CDC⁸³. Segundo este artigo, os direitos elencados no Código de Defesa do Consumidor não excluem outros direitos

provenientes da legislação interna ordinária. Deste modo, poder-se-ia aplicar o artigo 931 nas relações de consumo em que houver danos decorrentes da colocação do produto no mercado⁸⁴.

Por outro lado, dada a diferença entre o regime do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor (lei especial), um segundo posicionamento é o de que o artigo 931 não poderia ser aplicado nas relações de consumo. Isso porque ele só poderia ser aplicado com ressalva aos casos previstos em legislação especial⁸⁵.

Posto isso, o melhor posicionamento, segundo Bruno Miragem, é o de que ambos os regimes, o do Código de Defesa do Consumidor e o do Código Civil, devam ser compatibilizados. Seguindo esse posicionamento, tem-se Calixto e Silva⁸⁶.

É plenamente lícito ao fornecedor que ele insira no mercado produtos que não saiba e que nem deveria saber que eram perigosos

Dessa maneira, de acordo com os autores acima nominados, aplicar-se-ia o artigo 931 do Código Civil no caso do risco de desenvolvimento, com base no argumento de que os direitos elencados no Código de Defesa do Consumidor não excluem as normas previstas no Código Civil. Em verdade, ambas as legislações deveriam ser compatibilizadas entre si. Se assim o fosse, todos os danos sofridos pelas vítimas da talidomida deveriam ser reparados pelos

fornecedores do medicamento, tendo em vista que foram eles que inseriram o produto no mercado de consumo.

Entretanto, segundo Calixto⁸⁷, o fornecedor não deve ser responsabilizado eternamente pelos danos decorrentes do risco de desenvolvimento. Sendo assim, o ideal é que se aplique o prazo máximo previsto no direito civil, ou seja, de dez anos, constante no artigo 205 do Código Civil. Esse prazo não pode ser suspenso nem interrompido. Além disso, caberia aqui também o prazo prescricional de cinco anos, conforme dispõe o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, o qual se inicia com o conhecimento do dano e de sua autoria⁸⁸.

Em verdade, o artigo 931 do Código Civil foi mais abrangente que o Código de Defesa do Consumidor no tocante ao fato do produto, pois atribuiu ao fornecedor a responsabilidade objetiva por todos os danos decorrentes dos seus produtos. Dito isso, pode-se concluir que o artigo 931 acaba por alargar o conceito de fato do produto, incluindo, assim, a hipótese de risco de desenvolvimento⁸⁹.

3. Notas conclusivas

Diante do novo modo de produção e distribuição de produtos advindo da Revolução Industrial e da Revolução Tecnológica, o consumidor passou a assumir um papel de vulnerabilidade na sociedade. Como resposta a essa situação, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990), o qual consagrou a responsabilidade civil objetiva do fornecedor pelo fato do produto.

A partir desse novo modelo de responsabilidade, o fornecedor passou a ser responsável por todos os danos causados aos consumidores pela inserção de seus produtos ou serviços no mercado de consumo, independente de culpa. Em outras palavras, toda vez que um produto oferecer riscos à saúde e segurança do consumidor, deverá o fornecedor ser responsabilizado.

Todavia, para essa regra há exceções, as quais estão dispostas no § 3º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, quando o fornecedor provar que não colocou o produto no mercado ou que o defeito inexistente, ele não será responsabilizado. Do mesmo modo, quando a culpa pelo fato do produto for exclusiva do consumidor ou de terceiro, o fornecedor também estará isento de responsabilização.

Destaca-se que, afóra essas hipóteses expressamente previstas no Código de Defesa do Consumidor, tem-se sugerido uma nova forma de exclusão de responsabilidade pelo fato do produto. É o caso do risco de desenvolvimento.

Como exposto ao longo do presente artigo, a talidomida é conhecida como o clássico exemplo de risco de desenvolvimento – um produto colocado no mercado como completamente seguro, mas que com o passar dos anos se tornou um dos medicamentos mais danosos à saúde do consumidor.

Cumpramos observar que a talidomida não foi um medicamento introduzido no mercado sem a realização de testes. Na realidade, o medicamento foi testado por diversos laboratórios. Contudo, a metodologia experimental utilizada naquela época era basicamente o teste em roedores, o que atualmente é tido como insuficiente.

Desta maneira, apesar do medicamento ter sido testado, não era possível à época de seu lançamento no mercado, com base no estado em que ciência se encontrava naquele momento, ter conhecimento dos riscos que ele poderia oferecer ao consumidor. Ocorre que, com o passar do tempo e com o avanço tecnológico, foi possível identificar que o medicamento foi o responsável

por causar deformidades em milhares de crianças em nível mundial. Por essa razão é que a talidomida é conhecida como o clássico exemplo de risco de desenvolvimento.

Com efeito, o risco de desenvolvimento, frize-se, é aquele risco que não poderia ser conhecido no momento que o produto foi colocado no mercado, diante do estado em que a ciência e a tecnologia se encontravam naquele período.

Embora não haja grandes divergências em relação ao conceito de risco de desenvolvimento, o mesmo não se pode dizer quanto à adoção desse fenômeno como excludente de responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto.

Como dito anteriormente, o objetivo deste estudo é identificar se o risco de desenvolvimento, a partir do caso da talidomida, pode, ou não, ser considerado uma causa de exclusão de responsabilidade do fornecedor pelo produto.

Uma primeira forma de responder a essa pergunta é considerando o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade do fornecedor. Um dos principais argumentos utilizados para justificar a exclusão da responsabilidade é o de desestímulo tecnológico. Este argumento se funda na ideia de que responsabilizar o fornecedor por riscos que não poderiam ser conhecidos certamente tornaria a atividade excessivamente onerosa, onerosidade essa que seria repassada ao consumidor final.

Outro argumento bastante utilizado para defender esse posicionamento é de que o rol do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor seria exemplificativo, sendo plenamente cabíveis outras hipóteses de exclusão de responsabilidade.

Além disso, sustenta-se, ainda, que o que deve ser levado em conta para a responsabilização do fornecedor é o momento da inserção do produto no mercado. Dessa maneira, se no momento em que ele inseriu o produto no mercado não era possível conhecer seus riscos, não pode ele ser responsabilizado. Se assim o fosse, os fornecedores da talidomida estariam isentos de qualquer tipo de responsabilização pelos danos causados pelo medicamento. Ou seja, o consumidor teria de arcar com todos os prejuízos advindos da colocação do medicamento no mercado.

Sob essa perspectiva, a indagação que se faz é em que medida os danos decorrentes de produtos inseridos no mercado podem ser suportados pelo consumidor como “normais” em detrimento do progresso material-tecnológico?

Em contrapartida ao posicionamento acima descrito, há quem defenda que os fornecedores devam ser responsáveis por todos os danos decorrentes do risco de desenvolvimento.

O primeiro argumento e o mais utilizado para sustentar essa posição é o de que o rol do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor seria taxativo. Assim, como o risco de desenvolvimento não está expressamente previsto, não poderia ser considerado uma forma de exclusão de responsabilidade.

Além disso, sustenta-se que ao responsabilizar o fornecedor por todos os danos decorrentes de seu produto, ele estaria obrigado a atuar no mercado de maneira mais responsável. Assim, ele buscaria sempre estar atualizado e realizaria os mais diversos testes antes de colocar um produto a disposição do consumidor.

Outro argumento é o de que o fornecedor deve sempre ser responsável por aquilo que lança no mercado, independente de culpa, de acordo com a responsabilidade civil objetiva adotada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Advoga-se, ainda, que a responsabilização do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento estaria assegurada pelos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, caso se entenda que o fornecedor deva ser responsável pelos riscos de desenvolvimento, os fornecedores da talidomida estariam obrigados a ressarcir todas as vítimas do medicamento. Sob essa ótica, estar-se-ia afastando do consumidor a responsabilidade pelos riscos e danos decorrentes do avanço material-tecnológico.

Por fim, uma terceira leitura que pode ser feita sobre o tema é à luz do artigo 931 do Código Civil.

A partir de uma leitura pautada no diálogo das fontes e no disposto no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, entende-se que os direitos previstos no CDC não excluem outros direitos provenientes de legislação interna ordinária. Sendo assim, seria plenamente aceitável se aplicar o artigo 931 nas relações de consumo.

Deste modo, pode-se concluir que o artigo 931 alargou o conceito de fato do produto, incluindo a hipótese de risco de desenvolvimento. Assim sendo, todos os danos decorrentes do risco de desenvolvimento deveriam ser responsabilizados pelos fornecedores.

O fornecedor é responsável por todos os danos causados aos consumidores pela inserção de seus produtos ou serviços no mercado de consumo

Nesse caso, os danos sofridos pelas vítimas da talidomida deveriam ser reparados pelos fornecedores do medicamento, pelo simples fato de terem sido eles os responsáveis pela propagação do produto no mercado.

Notas

¹ LIMA, Lidia Moreira; FRAGA, Carlos Alberto Manssour; BARREIRO, Eliezer J. O renascimento de um fármaco: Talidomida. *Química Nova*. v. 24, n. 5, p. 683-88, 2001, p. 683.

² SILVEIRA, Áurea Regina Jesus; PARDINHO, Eleusa Caíres; GOMES, Marcela Acácia R.; BAPTISTA, Estér Roseli. TALIDOMIDA: Um Fantasma do Passado – Esperança do Futuro. *Revista Virtual de Iniciação Acadêmica da UFPA*, v. 1, n.2, 1-15, 2001. p. 3.

³ OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; SOUZA, Arthur Custódio Moreira de. Talidomida no Brasil: vigilância com responsabilidade compartilhada? *Cadernos de Saúde Pública*, v. 15, n. 1, 99-112, 1999, p. 101. Entretanto, cumpre asseverar que a metodologia experimental utilizada pelos laboratórios na década de 1960 era basicamente o teste em ratos e camundongos que, atualmente, é concebido como inadequado e ineficiente. Isso porque esses animais possuem um organismo relativamente resistente (SALDANHA, P.H. A tragédia da Talidomida e o advento da teratologia experimental. *Revista Brasileira de Genética*, 17(4): 449-64, 1994. p. 460).

⁴ SILVEIRA, Áurea Regina Jesus; PARDINHO, Eleusa Caíres; GOMES, Marcela Acácia R.; BAPTISTA, Estér Roseli. TALIDOMIDA: Um Fantasma do Passado – Esperança do Futuro. *Revista Virtual de Iniciação Acadêmica da UFPA*, v. 1, n. 2, 1-15, 2001. p. 3.

⁵ No fim do primeiro ano, as vendas chegaram a atingir 90 mil unidades por mês. Já no ano de 1960, sabe-se que a empresa Grunenthal, atingiu a marca inacreditável de 14 toneladas do medicamento vendido. Além disso, a talidomida também passou a ser comercializada indiscriminadamente nos quatro continentes, sendo dezessete países asiáticos, onze países europeus, onze países na América do Sul e do Norte e sete países africanos (MOKHIBER, Russel. *Crimes corporativos: o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública*, trad. James F. S. Cook. São Paulo: Scritta, 1995. p. 371).

⁶ Embora os primeiros relatos oficiais acerca dos efeitos colaterais da talidomida tenham ocorrido no ano de 1959, segundo Mokhiber “bem cedo já havia indicações de que a talidomida era inútil e que produzia um grande espectro de efeitos colaterais. Antes de comercializar a droga, a Grunenthal tinha informações dos médicos de que esses efeitos colaterais incluíam tontura, náuseas, calafrios, zumbido nos ouvidos, prisão de ventre, uma espécie de ressaca, insônia e certas reações alérgicas”. Além disso, o autor ressaltou que no ano de 1956 já havia estudos realizados por outro laboratório, que indicavam a ineficácia da droga como sedativo (MOKHIBER, Russel. *Crimes corporativos: o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública*, trad. James F. S. Cook. São Paulo: Scritta, 1995. p. 370).

⁷ “Um tipo peculiar de malformação congênita, caracterizada pelo desenvolvimento defeituoso dos ossos longos dos membros, que foi denominada de focomelia pela semelhança com as nadadeiras das focas” (OLIVEIRA; BERMUDEZ; SOUZA, p. 102).

⁸ SILVEIRA, Áurea Regina Jesus; PARDINHO, Eleusa Caíres; GOMES, Marcela Acácia R.; BAPTISTA, Estér Roseli. TALIDOMIDA: Um Fantasma do Passado – Esperança do Futuro. *Revista*

Virtual de Iniciação Acadêmica da UFPA, v. 1, n. 2, 1-15, 2001. p. 3; SALDANHA, P.H. A tragédia da Talidomida e o advento da teratologia experimental. *Revista Brasileira de Genética*, 17(4): 449-64, 1994. p. 451; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; SOUZA, Arthur Custódio Moreira de. Talidomida no Brasil: vigilância com responsabilidade compartilhada? *Cadernos de Saúde Pública*, v. 15, n. 1, 99-112, 1999, p. 102.

⁹ “O termo teratogenicidade provém do grego “teratos”, que significa monstro. O sentido original da palavra refere-se a malformações anatômicas macroscópicas, embora atualmente tenha se expandido sua definição para englobar anomalias mais sutis como atraso intrauterino e distúrbios bioquímicos e psicomotores” (LIMA, Lidia Moreira; FRAGA, Carlos Alberto Manssour; BARREIRO, Eliezer J. O renascimento de um fármaco: Talidomida. *Química Nova*. v. 24, n. 5, p. 683-688, 2001, p. 685).

¹⁰ *Idem*, p. 102; SALDANHA, P.H. A tragédia da Talidomida e o advento da teratologia experimental. *Revista Brasileira de Genética*, 17(4): 449-64, 1994. p. 458.

¹¹ Esse fato pode ser atribuído à falta de interesse governamental, falta de informação, descontrole na distribuição do medicamento, ou, ainda, ao vasto poder econômico dos laboratórios brasileiros (ABPST (Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida), 2013. O que é a talidomida, disponível em <<http://www.talidomida.org.br/institucional.asp>>. Acesso em 10/02/2013).

¹² Chama-se de segunda geração da talidomida todos os casos de crianças com malformações congênitas ocasionadas após o ano de 1965, período em que, apesar de retirada do mercado brasileiro, a droga começou a ser utilizada exclusivamente para tratamento de hanseníase. É importante registrar que o Brasil foi o único país em que ocorreu uma segunda geração de vítimas do medicamento (ABPST (Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida), 2013. O que é a talidomida, disponível em <<http://www.talidomida.org.br/institucional.asp>>. Acesso em 10/02/2013).

¹³ SALDANHA, P.H. A tragédia da Talidomida e o advento da teratologia experimental. *Revista Brasileira de Genética*, 17(4): 449-64, 1994. p. 459.

¹⁴ A concessão da pensão alimentícia ocorreu de acordo com o grau de severidade da doença, levando-se em conta quatro critérios de dificuldade, de modo que somente as vítimas que demonstraram um grau máximo de dependência ou dependência total é que conseguiram alcançar o benefício (SILVEIRA, Áurea Regina Jesus; PARDINHO, Eleusa Caíres; GOMES, Marcela Acácia R.; BAPTISTA, Estér Roseli. TALIDOMIDA: Um Fantasma do Passado – Esperança do Futuro. *Revista Virtual de Iniciação Acadêmica da UFPA*, v. 1, n. 2, 1-15, 2001. p. 6).

¹⁵ Em 1983 foi editada a Lei 7.070, cujo principal objetivo era estender os benefícios da pensão vitalícia a todos os portadores da síndrome da talidomida. Em 1993, por sua vez, foi editada a Lei 8.686, a qual estipulou que o valor da pensão variava de um a oito salários mínimos e deveria seguir os mesmos índices do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Além disso, referida lei também assegurou prioridade em atendimentos médicos no tocante a fornecimento de próteses e cirurgias realizadas pelo Sistema Único de Saúde. Já em 2003, foi sancionada a Lei 10.651, que dispõe sobre o controle do uso da talidomida. Finalmente, em 2010 é promulgada a Lei 12.190, responsável por conceder às vítimas uma indenização por dano moral em razão das anomalias sofridas (BRASIL. Lei n. 7.070, 20 de Dezembro de 1982. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7070.htm>; BRASIL. Lei n. 8.686, Julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8686.htm>; BRASIL. Lei n. 10.651, de 16 de Abril de 2003.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.651.htm>; BRASIL. Lei n. 12.190, de 13 de Janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12190.htm>).

¹⁶ ANVISA. Treinamento orienta sobre o uso da Talidomida. Disponível em: <<http://s.anvisa.gov.br/wps/s/r/bj6l>> Acesso em 26/02/2013. A hanseníase ou lepra é uma infecção, causada pelo *Mycobacterium leprae*, que acomete predominantemente a pele e os nervos periféricos e está dividida em três tipos: tuberculóide, intermediária (borderline) e leptomatosa (BORGES, Larissa de Godoy; Fröhlich, Pedro Eduardo. Talidomida – Novas Perspectivas para utilização como Antiinflamatório, Imunossupressor e Antiangiogênico. *Ver. Assoc. Med. Bras.*, 49(1): 96-102, 2003. p. 97).

¹⁷ ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58.

¹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

¹⁹ Silvio Luis Ferreira da Rocha ensina que a obrigação de segurança é geral e deve ser assegurada por todo fornecedor, sendo estendida às obrigações acessórias de prestar ao consumidor todas as informações pertinentes; adotar medidas que permitam esclarecer ao consumidor possíveis riscos do produto; tomar toda e qualquer decisão necessária para assegurar a segurança do consumidor, inclusive a retirada do produto do mercado (ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64). Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Responsabilidade Civil. 1. *Direito do Consumidor. Acidente de Consumo pelo fato do produto*. Pão de sanduíche. Prazo de validade expirado quando da compra. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Dever de qualidade. *Produto que não oferecia a segurança que dele se esperava* (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70053430971. Relator: DESA MARILENE BONZANINI. Porto Alegre, 23/05/2013, DJ eletrônico 28/05/2013. Disponível: < <http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 10/07/2013). (Grifos nossos)

²⁰ “Acidentes de consumo acontecem quando um produto ou serviço prestado provocam dano à saúde ou à segurança do consumidor, quando utilizado corretamente ou conforme instruções de uso”. Como exemplo, a autora cita o caso de medicamentos adulterados, quedas provocadas por piso escorregadio, ingestão de alimentos contaminados, entre outras (MATHIAS, Alessandra Fontes. *Acidentes de consumo e seus impactos na sociedade*. 131 f. Dissertação de Mestrado em Sistemas de Gestão – Centro Tecnológico, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006).

²¹ No que se refere aos conceitos de “vício” e “defeito”, Rizzato Nunes afirma que o Código de Defesa do Consumidor acabou fazendo uma confusão. Segundo ele, várias passagens do texto normativo são mal escritas e dão margem para outras interpretações. Por essa razão, faz-se necessário trazer a distinção de referidos conceitos. Nas palavras do autor: “São considerados vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária”. “O defeito, por sua vez, pressupõe o vício. Há vício sem defeito, mas não defeito sem vício. O vício é uma característica inerente, intrínseca do produto ou serviço em si. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que

causa um dano maior que simplesmente o mal funcionamento, o não-funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o produto ou serviço não cumpriram o fim ao qual se destinavam. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral e/ou estético e/ou à imagem do consumidor” (NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 180-1).

²² MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 260.

²³ Para Antônio Herman V. Benjamin, a terminologia “fato do produto” se encontra equivocada. Segundo ele, o ideal seria que se falasse em “responsabilidade pelos acidentes de consumo”, pois o enfoque principal deve ser dado à consequência sobre o elemento humano (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 137-8). De igual modo, Bruno Miragem estabelece: “Na doutrina brasileira, há os que sustentam que a expressão mais adequada para designar tais fenômenos seria o de *acidente de consumo*, considerando-se mais relevante para tanto, não a origem do fato causador do dano, mas a localização humana do seu resultado. Neste sentido, é possível mesmo afirmar que a utilização da expressão “*acidente de consumo*” prevalece atualmente entre nós” (MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 260).

²⁴ Inicialmente, antes de adentrar nos conceitos trazidos pelos doutrinadores acerca do tema, é importante ressaltar que esse termo é empregado de maneira errônea, ao passo que o desenvolvimento da ciência propriamente dito não pode ser considerado um risco, já que o seu principal objetivo é eliminar referidos riscos. Portanto, o erro estaria na nomenclatura utilizada para definir esse fenômeno, pois o desenvolvimento, em sua essência, jamais terá o objetivo de criar riscos (CASSIS, Eduardo Bichir. Risco do desenvolvimento e danos provocados pelas novas tecnologias: ondas eletromagnéticas e organismos geneticamente modificáveis. *Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo*, v. 4, n. 13, p. 17-61, jan. /mar. 2012. p. 19-20).

²⁵ STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 855, p. 46-53, jan. 2007. p. 47.

²⁶ “Entende-se por risco de desenvolvimento o defeito impossível de ser conhecido e evitado no momento em que o produto foi colocado em circulação, em razão do estágio da ciência e da tecnologia. É aquele defeito que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um período de uso do produto, como ocorre com certos medicamentos novos” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 29, p. 55-62, 2000. p. 61).

²⁷ “Os riscos de desenvolvimento são aqueles riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de consumo e que só vem a ser descoberto após um período de uso do produto, em decorrência do avanço dos estudos científicos” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor pelos Riscos de Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 175-6).

²⁸ Nesse sentido, ao analisar a hipótese de risco de desenvolvimento, não se pode levar em consideração um fornecedor específico e nem os padrões que são aplicados nas empresas. O que se deve considerar é o estado mais avançado da ciência, levando-se em conta as opiniões minoritárias sobre o tema, desde que sejam razoáveis (CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do código civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento, *Revista trimestral de direito civil – RTDC*, vol. 21, p. 53-93. Rio de Janeiro: Padma, 2005. p. 67).

²⁹ EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes do desenvolvimento. *Revista de Direito do Consumidor*, 64, 2007, p. 9-42. p. 24.

³⁰ *Idem*, p. 24.

³¹ Segundo Fabio Ulhoa Coelho, por estado da arte se entende “o conjunto de conhecimentos acumulados pelos cientistas e especialistas do mundo todo, ligados ao meio acadêmico ou empresarial, acerca dos efeitos que o emprego de determinados processos, substâncias, formas ou mecanismos em produtos ou serviços pode acarretar à saúde ou à segurança das pessoas a ele expostas” (COELHO, Fábio. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. O cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 87).

³² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor pelos Riscos de Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 200-1.

³³ *Idem*, p. 200/201.

³⁴ EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes do desenvolvimento. *Revista de Direito do Consumidor*, 64, 2007, p. 9-42. p. 26-7.

³⁵ Como, por exemplo, a mudança realizada nos cintos de segurança dos veículos automotores que, por uma questão de segurança e não por apresentarem um defeito, foram atualizados, passando a ter três pontas e não somente duas (*Idem*, p. 29).

³⁶ A importância dessa diferença reside no fato de que, no primeiro caso, quando o produto é apenas atualizado para atender da melhor forma os interesses do consumidor, não há responsabilização por parte do fornecedor. Trata-se da excludente prevista no artigo 12, § 2º do Código de Defesa do Consumidor (*Idem*, p. 27).

³⁷ Acerca das excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor, vale citar o que dispõe o artigo 12 do referido diploma legal: “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em 04/04/2013).

³⁸ MARINS, James. Risco do desenvolvimento e as tipologias das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, 6, 1993, abr/jun, p. 118-29. p. 125.

³⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Civilistica.com*, ano 1, número 1, 2012, p. 01/18. Disponível em < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Direito-dos-danos-civilistica.com-1.-2012.pdf>> Acesso em 13/03/2013. p. 02.

⁴⁰ A título exemplificativo cita-se: João Calvão da Silva, Ugo Carnevali, Fabio Ulhoa Coelho, James Marins, Gustavo Tepedino, entre outros (CASSIS, Eduardo Bichir. Risco do desenvolvimento e danos provocados pelas novas tecnologias: ondas eletromagnéticas e organismos geneticamente modificáveis. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, v. 4, n. 13, p. 17-61, jan. /mar. 2012. p. 24).

⁴¹ Como exemplo, cita-se: Maria Parra Lucan, Antônio Herman de Vanconcellos e Benjamin, Sérgio Cavalieri Filho e Marcelo Junqueira Calixto (*Idem*, p. 29).

⁴² Como exemplo, podem-se citar os autores: João Calvão da Silva, Fábio Ulhoa Coelho, James Marins, Gustavo Tepedino, Rui Stoco, Fernando Buscher von Teschenhausen Eberlin, Nehemias Domingos de Melo, entre outros.

⁴³ STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 855, p. 46-53, jan. 2007. p. 48.

⁴⁴ *Idem*, p. 48.

⁴⁵ *Idem*, p. 50.

⁴⁶ *Idem*, p. 51.

⁴⁷ SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, nº 8º, p. 379-97, Junho de 2006. p. 384.

⁴⁸ MARINS, James. Risco do desenvolvimento e as tipologias das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do consumidor*, 6, 1993, abr/jun, p. 118-29. p. 127-8.

⁴⁹ “Não é defeito de informação porque não houve falsidade, insuficiência ou omissão de informação relevante sobre o produto, seu uso ou riscos, simplesmente porque eventuais riscos eram incognoscíveis pelo homem em seu estágio científico evolutivo. Igualmente não se trata de defeito de uma produção uma vez que a característica desta espécie de imperfeição é que não atinge todos os produtos, mas apenas alguns, ou uma série atingida por falha meramente produtiva de sua industrialização, o que não é o caso para riscos de desenvolvimento que atingem toda produção indistintamente. Por fim, não se pode falar em existência de defeito de criação porque o produto foi concebido sem qualquer espécie de falha de projeto ou fórmula então cognoscível pelo homem” (MARINS, James. Risco do desenvolvimento e as tipologias das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do consumidor*, 6, 1993, abr/jun, p. 118-29. p. 127-8.).

⁵⁰ *Idem*, p. 127-8.

⁵¹ SILVA, João Calvão da. *Compra e venda das coisas defeituosas: conformidade e segurança*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 200. Apud: CASSIS, Eduardo Bichir. Risco do desenvolvimento e danos provocados pelas novas tecnologias: ondas eletromagnéticas e organismos geneticamente modificáveis. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, v. 4, n. 13, p. 17-61, jan. /mar. 2012. p. 25.

⁵² EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes do desenvolvimento. *Revista de Direito do Consumidor*, 64, 2007, p. 9-42. p. 32.

⁵³ Para reforçar ainda mais seu pensamento, Eberlin menciona o artigo 10º do Código de Defesa do Consumidor, o qual, com base no princípio da precaução, determina que o fornecedor não pode disponibilizar no mercado de consumo produto que sabe ou que deveria saber que possui algum defeito. Posteriormente caso ele tenha conhecimento de tal defeito, deverá informar a autoridade competente e seus consumidores (*Idem*, p. 32).

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 287.

⁵⁵ COELHO, Fábio. *O empresário e os direitos do consumidor*. O cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 82.

⁵⁶ *Idem*, p. 82.

⁵⁷ Para Eduardo Bichis Cassir, “a visão que se preconiza é humanitária, valorizando a dignidade da pessoa, em detrimento do lucro almejado pelo sistema capitalista” (CASSIS, Eduardo Bichir. Risco do desenvolvimento e danos provocados pelas novas tecnologias: ondas eletromagnéticas e organismos geneticamente modificáveis. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, v. 4, n. 13, p. 17-61, jan. /mar. 2012. p. 29).

⁵⁸ EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes do desenvolvimento. *Revista de Direito do Consumidor*, 64, 2007, p. 9-42. p. 31-2. Como exemplo da aplicação de referida corrente, cita-se um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Responsabilidade civil. Código de Defesa do Consumidor. Fato do produto. Risco do desenvolvimento. A responsabilidade civil do fabricante ou fornecedor do produto é objetiva. Excludentes do art. 12 dependem de prova a ser feita pela empresa e não pelo consumidor. Produtos perigosos, com acréscimo posterior de mecanismo de segurança, na presença de dano, ocasionam dever se indenizar. A desobediência a regras do manual de instruções se computa na medida da indenização pelo dano moral (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70000228684. Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Encantado, 1/12/1999. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 13/07/2013). (Grifos nossos)

⁵⁹ MELO, Nehemias Domingos de. Excludentes de Responsabilidade em Face do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Magister de Direito Empresarial*, nº 23, Out-Nov/2008, p. 54-67. p. 56; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 287.

⁶⁰ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 360.

⁶¹ RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. *A tutela do consumidor frente aos riscos de desenvolvimento*. CONPEDI, p. 4705/4725. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_ramos_rodrigues2.pdf>. Acesso em 01/04/2012.

⁶² STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 855, p. 46-53, jan. 2007. p. 48.

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista de Direito do consumidor*, São Paulo, n. 29, p. 55-62, 2000. p. 61.

⁶⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor pelos Riscos de Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 245.

⁶⁵ “Com a prevalência da responsabilização dos fornecedores de produtos em casos de danos provocados pelo risco de desenvolvimento, o fornecedor, certamente, aumentaria ainda mais a preocupação em incentivar a pesquisa do produto, mesmo após a sua introdução no mercado, fazendo

tudo para evitar maiores danos aos consumidores ao retirar o produto de circulação, assim que o vício for descoberto. É essa a essência da prevenção e da precaução” (CASSIS, Eduardo Bichir. Risco do desenvolvimento e danos provocados pelas novas tecnologias: ondas eletromagnéticas e organismos geneticamente modificáveis. *Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo*, v. 4, n. 13, p. 17-61, jan. /mar. 2012. p. 32).

⁶⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor pelos Riscos de Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 242.

⁶⁷ Além disso, Sérgio Cavalieri Filho afirma que possível exclusão de responsabilidade do fornecedor implicaria em um “retrocesso de 180 graus” no tema da responsabilidade objetiva. Dessa maneira, o autor determina que o risco de desenvolvimento deve ser enquadrado como “fortuito interno”, ou seja, um risco que decorre da atividade do fornecedor e do qual ele não pode ser exonerado, independentemente de culpa (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 187).

⁶⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor pelos Riscos de Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 243.

⁶⁹ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. Responsabilidade Civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos. *A Teoria da Ação Social e o Direito do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 257.

⁷⁰ WOLKOFF, Alexander Porto Marinho. A teoria do risco e a responsabilidade civil objetiva do empreendedor. *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 81, p. 113-135, out./dez. 2009. p. 118.

⁷¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010. p. 156.

⁷² Sob essa mesma perspectiva, de que o risco de desenvolvimento compõe um defeito de criação ou concepção do produto, Otávio Luiz Rodrigues de Junior e outros afirmam que ao considerar toda a lógica de proteção ao consumidor estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seu artigo 6º, inciso I, não há como se imaginar um cenário em que o consumidor deva arcar com danos decorrentes dos riscos de desenvolvimento (JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade Civil Contemporânea*. Em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, p. 231-2). Bruno Miragem ainda ressalta que exonerar o fornecedor de sua responsabilidade seria o mesmo que atribuir ao consumidor vítima de acidente de consumo, a responsabilidade do próprio dano sofrido, o que não se admite no atual sistema jurídico (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012. p. 465).

⁷³ CASSIS, Eduardo Bichir. Risco do desenvolvimento e danos provocados pelas novas tecnologias: ondas eletromagnéticas e organismos geneticamente modificáveis. *Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo*, v. 4, n. 13, p. 17-61, jan. /mar. 2012. p. 32.

⁷⁴ “A opção da Constituição Federal de 1988 de tutela especial aos consumidores, considerados agentes econômicos mais vulneráveis no mercado globalizado, foi uma demonstração de como a ordem econômica de direção devia preparar o Brasil para a economia e a sociedade do século XXI Efetivamente, o direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito

social e econômico positivado na Constituição Brasileira (art. 5, XXXII CF/88)”. (MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, nº 07, 2004. p. 18).

⁷⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05/06/2013).

⁷⁶ SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, nº 8º, p. 379-97, Junho de 2006. p. 395.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 187.

⁷⁸ ENUNCIADOS APROVADOS – I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ijornada.pdf>>. Acesso em 01/04/2013.

⁷⁹ “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação” (BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em; < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 05/06/2013).

⁸⁰ Inicialmente, é importante compreender as lições trazidas por Claudia Lima Marques. Ao realizar uma análise do diálogo entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, a autora concluiu que de fato as duas legislações são Códigos autônomos que atuam separadamente. De um lado, considerando o consumidor como um sujeito vulnerável na relação de consumo, tem-se normas especiais que o protegem (CDC). Em outro vértice, tem-se o Código Civil, que não incorporou a figura do consumidor e nem dos contratos de consumo em seu texto. Entretanto, embora sejam Códigos autônomos e que atuam separadamente, a questão é que eles não são conflitantes. Em alguns casos, como entre o artigo 429 do Código Civil e os artigos 30 e 35 do CDC, há somente antinomias aparentes, “*que podem ser resolvidas com o uso da aplicação ordenada, subsidiária e especial*” (MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, nº 07, 2004. p. 40).

⁸¹ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012. p. 469-70.

⁸² “Útil, pois, é a ideia de ‘diálogo’ das fontes, diálogo que significa a aplicação simultânea, coordenada e sistemática destas duas leis principais e coexistentes no Direito Privado brasileiro” (MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, nº 07, 2004. p. 40).

⁸³ “Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012. p. 469-70.

⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012. p. 470.

⁸⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do código civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento, *Revista trimestral de direito civil – RTDC*, vol. 21, p. 53-93. Rio de Janeiro: Padma, 2005. p. 61; SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, nº 8º, p. 379-397, Junho de 2006. p. 394

⁸⁷ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do código civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento, *Revista trimestral de direito civil – RTDC*, vol. 21, p. 53-93. Rio de Janeiro: Padma, 2005. p. 61

⁸⁸ Além disso, ainda segundo Calixto, a crítica que pode ser feita a essa opção de compatibilizar o artigo 931 do Código Civil com o Código de Defesa do Consumidor é a de que, caso isso acontecesse, poderia se estar adotando um regime de responsabilidade integral em face do fornecedor (CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do código civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento, *Revista trimestral de direito civil – RTDC*, vol. 21, p. 53-93. Rio de Janeiro: Padma, 2005. p. 61).

⁸⁹ PACHECO, Carla Solayne Santos. *A Responsabilidade Civil dos Fabricantes de Cigarros*. 30 folhas. Artigo jurídico (Pós-Graduação) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 13.

Referências

ABPST (Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida). O que é a talidomida. Atualizado em 2013. Disponível em <<http://www.talidomida.org.br/oque.asp>>.

ABVT (Associação Brasileira das Vítimas da Talidomida). O que é a ABVT. Disponível em: <<http://abvt.wordpress.com/abvt/>>.

ANVISA promove capacitação sobre talidomida nos Estados. Disponível em: <<http://s.anvisa.gov.br/wps/s/r/eII>>.

ANVISA. RDC n. 11, de 22 de Março de 2011. Disponível em <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2011/res0011_21_03_2011.html>.

ANVISA. Treinamento orienta sobre o uso da Talidomida. Disponível em: <<http://s.anvisa.gov.br/wps/s/r/bj6l>>.

BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Lei n. 7.070, 20 de Dezembro de 1982. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7070.htm>.

BRASIL. Lei n. 8.686, Julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8686.htm>.

BRASIL. Lei n. 10.651, de 16 de Abril de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.651.htm> .

BRASIL. Lei n. 12.190, de 13 de Janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12190.htm>.

BORGES, Larissa de Godoy; Fröhlich, Pedro Eduardo. Talidomida – Novas Perspectivas para utilização como Antiinflamatório, Imunossupressor e Antiangiogênico. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, 49(1): 96-102, 2003.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do código civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento, *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 21, p. 53-93. Rio de Janeiro: Padma, 2005.

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

CARAKUSHANSKY, Gerson. *Doenças genéticas na infância*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A, 1979.

CASSIS, Eduardo Bichir. Risco do desenvolvimento e danos provocados pelas novas tecnologias: ondas eletromagnéticas e organismos geneticamente modificáveis. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, v. 4, n. 13, p. 17-61, jan. /mar. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 29, p. 55-62, 2000.

COELHO, Fábio. *O empresário e os direitos do consumidor*. O cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes do desenvolvimento. *Revista de Direito do Consumidor*, 64, 2007, p. 09-42.

ENUNCIADOS APROVADOS – I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ijornada.pdf>>.

FDA U.S. FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. About FDA, History. Atualizado em 2013. Disponível: <<http://www.fda.gov/AboutFDA/WhatWeDo/History/default.htm>>.

GRANJA, Rubens. Risco do desenvolvimento: causa ou excludente de responsabilidade civil? In: Zanetti, Andrea; Feferbaum, Marina. (Org.). *Direito dos negócios em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 487-513.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*. São Paulo: Clássica, 2013.

JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea*. Em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

KNAPP, K., Lenz, W. and NOWACK, E. (1962). Multiple congenital abnormalities. *Lancet* ii; 725, *apud* SALDANHA, P.H. A tragédia da Talidomida e o advento da teratologia experimental. *Revista Brasileira de Genética*, 17(4): 449-64, 1994.

LARROUMET, Christian. *A noção de risco de desenvolvimento: risco do século XXI*. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coordenação). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LENZ, W. (1964). Chemicals and malformations in man. In: *Congenital Malformations* (Fishbein, M., Ed). *Proceedings of the II International Conference, 14-19 July, 1963*, International Medical Congress, New York, PP. 263-276, *apud* SALDANHA, P.H. A tragédia da Talidomida e o advento da teratologia experimental. *Revista Brasileira de Genética*, 17(4): 449-64, 1994.

LIMA, Lidia Moreira; FRAGA, Carlos Alberto Manssour; BARREIRO, Eliezer J. O renascimento de um fármaco: Talidomida. *Química Nova*. v. 24, n. 5, p. 683-88, 2001.

MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1993, p. 131-6.

MARINS, James. Risco do desenvolvimento e as tipologias das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, 6, 1993, abr./jun., p. 118-29.

MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, nº 07, 2004.

MATHIAS, Alessandra Fontes. *Acidentes de consumo e seus impactos na sociedade*. 131 f. Dissertação de Mestrado em Sistemas de Gestão – Centro Tecnológico, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. Excludentes de Responsabilidade em Face do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 23, out.-nov./2008, p. 54-67.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Civillistica.com*, ano 1, número 1, 2012, p. 01/18. Disponível em < <http://civillistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Direito-dos-danos-civillistica.com-1.-2012.pdf>>.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOKHIBER, Russel. *Crimes corporativos: o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública*, trad. James F. S. Cook. São Paulo: Scritta, 1995.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; SOUZA, Arthur Custódio Moreira de. Talidomida no Brasil: vigilância com responsabilidade compartilhada? *Cadernos de Saúde Pública*, v. 15, n. 1, 99-112, 1999.

OPAS – Organização Pan-Americana da Saúde, 1984, *Prevenção e controle das enfermidades genéticas e dos defeitos congênitos*. Publicação científica, n. 460, 1984. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/opas.cfm>>.

PACHECO, Carla Solayne Santos. *A Responsabilidade Civil dos Fabricantes de Cigarros*. 30 folhas. Artigo jurídico (Pós-Graduação) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

PENNA, Gerson Oliveira; MARTELLI, Celina M. T.; STEFANI, Mariane, M. A.; MACEDO, Vanize O.; MAROJA, Maria de Fátima e CHAUL, Aíçar. Talidomida no tratamento do eritema nodoso hansênico: revisão sistemática dos ensaios clínicos e perspectivas de novas investigações. *Anais Brasileiros de Dermatologia*. 80(5), 511-522, 2005.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos*. A Teoria da Ação Social e o Direito do Consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

RICHARD A. Harvey. *Farmacologia ilustrada*. 2. ed. Porto Alegre: ArtMed, 1998

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70000228684. Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Encantado, 1/12/1999. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 13/07/2013).

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70053430971. Relator: Desa. Marilene Donzanini. Porto Alegre, 23/05/2013, DJ eletrônico 28/052013. Disponível: < <http://www.tjrs.jus.br/>>.

ROCHA, Rebeca Silveira, COSTA, Fabrício da Silva, ELEUTÉRIO, Francisco José Costa, MOREIRA, Joaquim Luiz de Castro, GUIMARÃES, José Ambrósio, SCHULER-FACCINI, Lavínia e SANSEVERINO, Maria Teresa Vieira. Sistemas de informação sobre agentes teratogênicos no Brasil e no mundo. *Revista Femina*, v. 35, n. 5, p. 309-15, maio 2007. Parte inferior do formulário

RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. A tutela do consumidor frente aos riscos de desenvolvimento. CONPEDI, p. 4705/4725. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/bh/arthur_martins_ramos_rodrigues2.pdf>.

SALDANHA, P.H. A tragédia da Talidomida e o advento da teratologia experimental. *Revista Brasileira de Genética*, 17(4): 449-64,1994.

SILVA, João Calvão da. *Compra e venda das coisas defeituosas: conformidade e segurança*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 200. Apud: CASSIS, Eduardo Bichir. Risco do desenvolvimento e danos provocados pelas novas tecnologias: ondas eletromagnéticas e organismos geneticamente modificáveis. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, v. 4, n. 13, p. 17-61, jan. I mar. 2012.

SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 8, p. 379-97, junho de 2006.

SILVEIRA, Áurea Regina Jesus; PARDINHO, Eleusa Caíres; GOMES, Marcela Acácia R.; BAPTISTA, Estér Roseli. TALIDOMIDA: Um Fantasma do Passado – Esperança do Futuro. *Revista Virtual de Iniciação Acadêmica da UFPA*, v. 1, n. 2, 1-15, 2001.

STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 855, p. 46-53, jan. 2007.

TÁ FALTANDO ALGUMA COISA. Talidomida. Claudia Marques Maximino, presidente da Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida (ABPST). São Paulo, 2012. 75 minutos, DVD, sonoro, português.

- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TREINAMENTO TALIDOMIDA RDC n. 11/2011. ANVISA, 2011. 94: branco; 25x19cm.
- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva n. 374/85*. Conselho das Comunidades Europeias. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:pt:HTML>>.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2003.
- WANNMACHER, Lenita. *A volta da talidomida: qual é a evidência?* ISSN 1810-0791, Brasília, vol. 2, n. 9, 2005.
- WOLKOFF, Alexander Porto Marinho. A teoria do risco e a responsabilidade civil objetiva do empreendedor. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 81, p. 113-35, out./dez. 2009.

A CATEGORIA JURÍDICA DE 'CONSUMIDOR-CRIANÇA' E SUA HIPERVULNERABILIDADE NO MERCADO DE CONSUMO BRASILEIRO

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO*

Coordenador da pós-graduação em Direito do Consumidor da
Universidade Federal de Goiás

THAYNARA DE SOUZA OLIVEIRA*

Advogada

RESUMO

Na sociedade contemporânea, as crianças tornaram-se um dos principais alvos do consumo de produtos e serviços. É inegável que os infantes se inserem nas relações consumeristas, de modo que, atualmente, nos deparamos com uma categoria jurídica de “consumidor-criança”. A partir do estudo das definições de consumidor no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, verifica-se que o consumidor-criança aparece como toda pessoa com até doze anos de idade incompletos que utiliza (ou consome) produto ou serviço como destinatária final no mercado de consumo. Essa categoria de consumidores é dotada de uma vulnerabilidade que extrapola aquela reconhecida a todos os consumidores no mercado, haja vista que as crianças estão em processo de desenvolvimento. Nesse sentido é que se diz que as crianças são hipervulneráveis nas relações de consumo e, por conseguinte, merecem proteção especial.

ABSTRACT

In our contemporary society, children have become a target group for the consumption of products and services. It is undeniable that youngsters participate in consumer relations in such a way that, currently, we are faced with the category of the “child consumer”. Based on the study of the definitions of “consumer” in the Brazilian Consumer Defense Code, we verify that “child consumers” are people under the age of twelve who use (or consume) any product or service as an end-user. This category of consumers has a vulnerability that goes beyond the one recognized to all consumers in the market, concerning the fact that children are in the process of development. For this reason, we say that children are “hyper-vulnerable” in consumer relations and, therefore, deserve special protection.

* Outras qualificações do autor

Doutorando em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC – GOIÁS). Professor e Coordenador da pós-graduação da Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás. Professor Assistente I da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC – GOIÁS). Professor efetivo da Faculdade de Direito (Campus Goiânia) da Universidade Federal de Goiás.

** Outra qualificação da autora

Graduada em direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

1. Introdução

Nas sociedades contemporâneas, as crianças tornaram-se destinatárias de bens no mercado de consumo, dando azo ao surgimento de um expressivo mercado especializado. Não há dúvidas, portanto, que os infantes passaram a se inserir no mercado como verdadeiros consumidores.

Sem embargo, a questão que se coloca é como exatamente a criança-consumidora se insere nas relações de consumo. E, ademais, questiona-se se é possível afirmar que o direito brasileiro acolhe a hipervulnerabilidade dessa categoria de consumidor.

A fim de responder estas questões, analisaremos a relação de consumo no direito brasileiro, propondo uma definição de consumidor-criança e, após lançar as bases para a compreensão da vulnerabilidade nas relações consumeristas, apresentaremos os fundamentos da hipervulnerabilidade das crianças no mercado de consumo e o seu reconhecimento no direito brasileiro.

2. A relação jurídica de consumo no direito brasileiro e a definição de consumidor-criança

O âmago do direito do consumidor, segundo Calais-Auloy, é constituído por regras que correspondem cumulativamente a dois critérios: primeiro, a aplicação delas é reservada às relações entre profissional e consumidor e, em segundo lugar, a meta delas é proteger o consumidor¹.

Assim, a aplicação deste ramo especializado do direito está restrita à relação entre profissional e consumidor, quer dizer, à relação de consumo, sempre com vistas a proteger a parte mais fraca. Neste ínterim, a Constituição da República do Brasil separou as relações de consumo do universo das relações jurídicas e as destinou ao Código de Defesa do Consumidor (CDC)². De acordo com Sergio Cavalieri Filho, “esse, destarte, é o campo de incidência do Código do Consumidor – as relações de consumo qualquer que seja o ramo do direito onde elas venham a ocorrer – público ou privado, contratual ou extracontratual, material ou processual”.

A relação de consumo é “aquela que, tendo natureza contratual ou extracontratual, seja travada entre fornecedor e consumidor, tendo por objeto a circulação de produtos e serviços”³, na conceituação de Bilhalva.

Como se vê, a relação em comento se define primordialmente por seus sujeitos e, portanto, no caso do direito do consumidor, o exercício de

definir quem é o sujeito ou quem são os sujeitos da relação contratual e extracontratual é que vai definir o campo de aplicação da lei, isto é, a que relações ela se aplica. Nesse sentido, Claudia Lima, ao tratar do campo de aplicação do CDC, ensina:

O diferente no CDC é o seu campo de aplicação subjetivo (consumidor e fornecedor), seu campo de aplicação racione personae, uma vez que materialmente ele se aplica em princípio a todas as relações contratuais e extracontratuais (campo de aplicação racione materiae) entre consumidores e fornecedores⁴.

Daí exsurge a relevância do estudo dos conceitos de fornecedor e consumidor no âmbito do CDC, até mesmo com vistas a compreender como a criança se insere na relação jurídica de consumo e, em última análise, no mercado de consumo brasileiro.

2.1. As definições de fornecedor no CDC

Dentre as principais inovações trazidas pelo CDC, a doutrina elenca a formulação de um conceito amplo de fornecedor, incluindo, a um só tempo, todos os agentes que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo⁵, não fazendo o legislador distinção de sua natureza, regime jurídico ou nacionalidade.

O CDC, em seu art. 3º, *caput*⁶, se refere a fornecedores pensando em todos os profissionais da cadeia de fornecimento (de fabricação, produção, transporte e distribuição de produtos e da criação e execução de serviços). Nesse passo, fornecedor é quem de forma ampla oferece produtos e serviços no mercado de consumo, não importando a tarefa assumida nesse universo.

Miragem assinala que o legislador, ao dizer que fornecedor é aquele que desenvolve atividades, permite interpretar o conceito vinculado a uma certa habitualidade. Na esteira desse entendimento, o autor consigna que “ainda que não esteja expresso na lei, ao indicar à atividade do fornecedor certa habitualidade, assim como a remuneração, o legislador remete ao critério de desenvolvimento profissional dessa atividade”⁷. A noção de profissionalismo, segundo o referido jurista, está vinculada a um conhecimento especial sobre a atividade que é exercida (o que denota uma superioridade em termos de conhecimento do produto ou serviço em relação ao consumidor) ao mesmo tempo em que revela a natureza econômica dessa atividade (pois o fornecedor, ao exercer a atividade com caráter profissional, visa determinada vantagem econômica).

No mesmo sentido, Bonatto e Moraes salientam que, além de haver remuneração pelo desenvolvimento da atividade por parte do fornecedor,

é imprescindível que a atuação desse sujeito tenha continuidade e duração (e, por conseguinte, habitualidade) e seja organizada, o que sinaliza para importância do conceito de profissionalidade, “já que somente se organiza para a consecução de um resultado lucrativo quem possui tal intento”⁸.

Isso posto, pode-se dizer que fornecedor “é, em síntese, todo aquele que oferta, a título singular e com caráter de profissionalidade – exercício habitual do comércio – produtos e serviços ao mercado de consumo, atendendo, assim, às suas necessidades”⁹.

2.2. As definições de consumidor no CDC

A conceituação de consumidor no Código do Consumidor é bem ampla, abarcando relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais e coletivas. Existem, essencialmente, quatro dispositivos que definem o sujeito em comento (art. 2º, *caput* e parágrafo único, art. 17 e art. 29), os quais serão adiante analisados.

O art. 2º, *caput*, positiva o conceito do consumidor padrão ou *standard* ao enunciar que consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Da leitura desse dispositivo legal, observa-se que a única característica restritiva do conceito em apreço é a aquisição ou utilização do bem como destinatário final. Mister, portanto, refletir sobre a expressão ‘destinatário final’.

Nos manuais de direito do consumidor, vislumbra-se a existência de duas correntes doutrinárias concernentes à definição de consumidor, a saber, finalista e maximalista.

De acordo com a interpretação finalista, a expressão ‘destinatário final’ deve ser entendida de maneira restrita como destinatário fático (retirar o produto da cadeia de produção) e econômico (não adquirir o bem para revenda ou uso profissional), seja ele pessoa jurídica ou física. Neste orbe, considera-se consumidor apenas aquele sujeito não profissional, que adquire o produto para uso próprio ou familiar¹⁰, a fim de se coadunar com a tutela de um grupo especial de pessoas verdadeiramente vulneráveis. Trata-se de uma interpretação teleológica que visa, sobretudo, restringir o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, isto é, apenas aos vulneráveis no caso concreto.

De outra parte, segundo a hermenêutica maximalista, a definição do art. 2º deve ser interpretada de maneira ampla, a fim de que o CDC, enquanto código geral de consumo que institui normas para todos os agentes do mercado, seja aplicado ao maior número de relações. Para esta corrente,

destinatário final seria o destinatário fático do produto ou serviço, aquele que o retira do mercado e o utiliza.

Essa exegese maximalista apresenta um grande problema na visão de Claudia Marques, qual seja, transforma o direito do consumidor em direito privado geral. A jurista alerta que não há razão para proteger o comprador-profissional ou um fornecedor frente a outro, por se tratar de relações entre iguais, as quais são bem reguladas pelo diploma civil.

Na esteira deste mesmo entendimento, Sodré assinala que “a aplicação das leis de defesa do consumidor para casos em que a vulnerabilidade não é patente banaliza o próprio direito do consumidor”¹¹.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), após inúmeras discussões, se posicionou favorável à interpretação finalista, tendo inclusive criado o chamado *finalismo aprofundado*. Essa nova hermenêutica é ainda mais alicerçada na noção de vulnerabilidade do consumidor, no exame das circunstâncias do caso concreto, além das equiparações a consumidor positivadas no CDC. Por oportuno, traz-se à colação esclarecedor julgado do STJ, *litteris*:

Direito do consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sobre a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. – A relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor de outro. – Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. – São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. – Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido” (REsp 476.428/SC, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. em 19.04.2005, DJU de 09.05.2005, p. 390). [Sem grifos no original]

Como se pode inferir do julgado *suso* transcrito, a jurisprudência tem dado relevo à noção de consumidor final e imediato, assim como à noção de vulnerabilidade, quando da determinação do conceito de consumidor e, por conseguinte, da aplicação do CDC. Ao lidar com casos difíceis, o STJ tem utilizado o conceito de vulnerabilidade para solucionar a controvérsia fática¹².

Afora a definição principal de consumidor *standard*, insculpida no art. 2º, *caput*, do CDC, o código ainda elenca os conceitos de consumidor por equiparação.

Em resumo, são considerados consumidores equiparados “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (art. 2º, parágrafo único), as vítimas do fato do serviço ou do produto (art. 17) e “todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas” comerciais previstas no CDC (art. 29).

Vale pontuar que o legislador instituiu a figura do consumidor equiparado ao perceber “que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado”¹³. Essas pessoas, grupos e mesmo profissionais, conforme explica Cláudia Lima Marques, “podem intervir nas relações de consumo de outra forma, a ocupar uma posição de vulnerabilidade”¹⁴. Em outras palavras, pode-se dizer que o legislador deu-se conta de que apenas o conceito padrão de consumidor “não seria suficiente para garantir a aplicação do CDC a todas as situações derivadas de violação de suas normas”¹⁵.

O art. 2º, parágrafo único, consiste em uma norma genérica, que equipara o consumidor a uma coletividade de pessoas que tenha intervindo nas relações de consumo. Ao comentar esse preceito legal, Zanellato consigna que o legislador quis, com tal equiparação, albergar a coletividade de pessoas cujos interesses ou direitos são atingidos pelo desrespeito, pelo fornecedor de produtos ou serviços, de normas do CDC.

A proteção deste terceiro que intervém nas relações de consumo (consumidor *bystander*) é completada pelo disposto no art. 17 do CDC. Esse preceito legal equipara a consumidor o terceiro que foi vítima do fato do produto ou do serviço. Assim, basta que a pessoa, que não participou diretamente da relação de consumo, sofra as consequências de acidente de consumo oriundo de defeito do produto ou serviço para que goze de proteção legal especial.

Devemos ter em mente que o eixo central para a definição de consumidor repousa na noção de vulnerabilidade

Ao final, tem-se que o disposto no art. 29, com vistas a combater as práticas comerciais abusivas e completar o conceito padrão do art. 2º, equipara a consumidor todas as pessoas expostas às práticas comerciais, entre elas a publicidade.

Zanellato assinala que a norma em comento, além de proteger os consumidores que são expostos ou sofrem a ação de diversas práticas abusivas que se desenvolvem sem relação direta com a conclusão de um contrato, como a publicidade enganosa ou abusiva e outros instrumentos de marketing, protege também os consumidores potenciais, na fase pré-contratual, das negociações preliminares ou da oferta¹⁶⁻¹⁷.

Ante o exposto, verifica-se que a técnica legislativa de que se valeu o código assegura proteção a uma pluralidade de sujeitos, não de molde generalizante e ilimitado, e sim estendendo-se “a rede protetiva àquele que se encontra em situação de vulnerabilidade, pouco relevando que não haja relação estrita de consumo”¹⁸.

Assim, em resumo, devemos ter em mente que o eixo central para a definição de consumidor repousa na noção de vulnerabilidade. Isso mormente porque, consoante afirma Eros Grau, o consumidor é identificado pela própria ordem constitucional em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem, produto ou serviço¹⁹.

2.3. Esboço de uma definição jurídica de consumidor-criança

A tutela do consumidor remete, na verdade, ao reconhecimento jurídico de uma necessidade humana essencial, que é a necessidade de consumo. Assim, “desde que todo mundo é levado a consumir, todo mundo é consumidor; o consumidor não é um conceito único, mas difuso; a qualidade de consumidor pertence a todos e a cada um”²⁰, inclusive às crianças. Isso porque a rigor todas as pessoas assumem, em algum momento, o papel de consumidor.

Neste âmbito, Campos consigna que a noção de consumidor, inserida na sociedade de consumo em massa, deve abraçar todas as características daquele que se encontra na outra ponta da relação de consumo – destinatário final dos bens colocados no mercado pelos fornecedores²¹.

Como vimos, a definição de consumidor no CDC é bastante abrangente para tutelar as múltiplas situações nas quais se demanda proteção efetiva, extrapolando a esfera meramente contratual, já que almeja, igualmente, proteger as vítimas de atos ilícitos pré-contratuais, além de “defender toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade

abusiva ou violadora de igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo”²².

Verifica-se, pois, que a fórmula constante do código permite que a tutela jurídica “incida não só sobre o consumidor-adquirente, mas também sobre o consumidor-vítima e o destinatário final da publicidade ou da promoção de vendas”²³. Daí porque é indúvidoso que a criança se enquadra no conceito de consumidor entabulado em nosso ordenamento jurídico.

Em outras palavras, considerando que o conceito de consumidor extrapola em muito os sujeitos da relação estritamente contratual (abarcando, por exemplo, quem, como a criança, utiliza o produto ou serviço sem, contudo, tê-lo adquirido), ressaí manifesto que o conceito jurídico de consumidor não exclui a figura da criança meramente por esta não possuir capacidade de fato para celebrar negócio jurídico.

É cediço que a criança é absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, nos termos do art. 3º, inciso I, do Código Civil, devendo ser representada legalmente por pai, mãe ou tutor, conforme o caso, por não dispor de capacidade de exercício ou capacidade de fato. Repise-se, no entanto, que essa condição de maneira alguma impede que o infante figure em um dos polos da relação jurídica de consumo, fazendo jus à proteção prevista no CDC.

Assim sendo, não é de modo algum desarrazoado falar em criança consumidora ou consumidor-criança. A questão que se coloca, todavia, é a seguinte: como exatamente a criança consumidora se insere no mercado de consumo?

A criança pode se enquadrar em todos os conceitos de consumidor positivados no estatuto consumerista, desde a definição mais concreta de consumidor individual (art. 2º, *caput*) até a conceituação mais geral e abstrata do art. 29. Isso porque um infante pode tanto consumir/utilizar concretamente um produto como participar da coletividade difusa vítima da publicidade enganosa ou abusiva ou, ainda, ser vítima de acidente de consumo.

Ora, é inegável que as crianças estejam inseridas no conceito *standard* de consumidor, pois não há dúvidas de que elas são destinatários finais no mercado de consumo²⁴. Isto mormente considerando o número de produtos/serviços e o volume de mensagem publicitária ou promocional destinada a este público-alvo. Como assinala Juliet Schor, “hoje em dia, crianças e adolescentes são o epicentro da cultura de consumo”, elas “demandam atenção, criatividade e dólares dos anunciantes. Suas preferências direcionam

as tendências de mercado. Suas opiniões modelam decisões estratégicas corporativas”²⁵.

O público infantil e adolescente representa importante parcela dos lucros das empresas, já que há mais de três décadas as despesas desse grupo dobram brutalmente a cada dez anos. “Hoje, estima-se que este segmento controle influencie sozinho espantosos 1,18 trilhão de dólares por ano através do próprio dinheiro e da influência que têm sobre as compras dos pais.”²⁶

Por outro prisma, as crianças se enquadram perfeitamente no conceito de consumidor do art. 29, já que são constantemente expostas às práticas comerciais previstas no CDC, sobretudo a publicidade.

Nesse sentido, Campos afirma que “qualquer pessoa exposta às mensagens impressas nos cartazes de rua ou nos luminosos (outdoors) ou a comerciais de televisão, na qualidade de receptor de mensagem contida naquela comunicação, é consumidor”²⁷. Diante disso, resulta claro que os infantes como destinatários finais da publicidade devem ser tutelados pelo direito do consumidor.

E é primordialmente nesse contexto (leia-se: como destinatária da publicidade) que se insere a criança no âmbito consumerista e, por conseguinte, é nessa conjuntura que surge a demanda por proteção jurídica.

Ante o exposto, incorporando as principais ideias aqui tratadas e considerando que o ordenamento jurídico pátrio considera criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos²⁸, podemos concluir que, em termos gerais, consumidor-criança no direito brasileiro é toda pessoa com até doze anos de idade incompletos que utiliza (ou consome) produto ou serviço como destinatária final no mercado de consumo.

3. A vulnerabilidade do consumidor

O consumidor nas relações travadas no mercado é parte vulnerável. Ao contrário do que ensinava a teoria econômica clássica, as necessidades individuais dos consumidores não são tão preponderantes para a definição da estrutura e objetivos da cadeia de produção e comercialização, mas sim o poder econômico dos organismos produtores²⁹.

Consoante assinala Henry Ford, “no sistema mercantilista, o interesse do consumidor é quase que constantemente sacrificado pelo do produtor; ele parece considerar a produção, e não o consumo, como o fim último e objeto de toda a indústria e comércio”. O pai da produção em série chegou a reconhecer que “o consumidor é o elo mais fraco da economia”³⁰.

O consumidor é, de fato, a parte mais frágil nas mais diversas relações estabelecidas no mercado de consumo. Tanto é que atualmente há consenso universal acerca de sua vulnerabilidade. Nesse sentido já em 1985 se manifestou a ONU, por meio da Resolução 39/248, reconhecendo que os consumidores se deparam com desequilíbrio em termos econômicos, nível educacional e poder aquisitivo, o que conflita com o direito de acesso a produtos e serviços seguros e inofensivos³¹.

Outrossim, ninguém mais discute o motivo pelo qual o consumidor foi o único agente econômico a merecer inclusão no rol dos direitos fundamentais do art. 5º da lei maior.

Ao elevar a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental, o constituinte procurou tutelar a dignidade da pessoa humana, que por tantas vezes é violada no mercado de consumo de massa, bem como concretizar o princípio da isonomia, tendo em vista a necessidade de dirimir a desigualdade intrínseca constante da relação de consumo³².

Pelo próprio reconhecimento constitucional implícito, a vulnerabilidade “representa peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor”³³, figurando como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo (*ex vis* do art. 4º, I, do CDC).

É a debilidade do consumidor que sintetiza a razão de sua proteção jurídica pelo Estado. *A contrario sensu*, caso o consumidor estivesse cômico de seus direitos e deveres, informado e educado para o consumo, atuando em pé de igualdade em relação ao fornecedor, então a tutela não se justificaria³⁴.

Sem embargo, é inegável a existência de uma franca superioridade do fornecedor. Com efeito, os consumidores são “atacados”³⁵ de várias maneiras: seja sofrendo pressões da publicidade que criam necessidades de compra inexistentes, seja pela carência de informações sobre o produto ou serviço, o que leva ao engano, ou, ainda, por ter que se sujeitar às mais diversas práticas de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo. Por todos esses fatos bastante evidentes é que podemos concluir que o consumidor é naturalmente vulnerável e não está educado para o consumo, situação essa que acarreta diuturnas lesões aos seus direitos básicos.

Neste orbe, de acordo com Miragem, a noção de vulnerabilidade no direito consumerista “associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhes são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica”³⁶.

A vulnerabilidade estabelece, pois, no direito brasileiro presunção legal *jures et de jure* de fraqueza do consumidor no mercado de consumo, uma vez que consiste em “qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica”³⁷.

Isso posto, impende anotar que a desigualdade em que se fundam as relações jurídicas de consumo pode se apresentar de diversos modos, “seja originária de desproporção da capacidade econômica das partes, ou mesmo da ausência de acesso e compreensão das informações sobre os aspectos da relação jurídica em que participa, assinalando o fenômeno da vulnerabilidade de um dos seus sujeitos”³⁸.

É neste sentido que se diz que a fragilidade do consumidor é multifária (ou multiforme). Quer dizer, a vulnerabilidade vai além de mero reflexo da desigualdade econômica, abrangendo outros aspectos, como a carência de informações sobre produtos cada vez mais complexos, a existência de manobras entre empresários para fraudar a livre concorrência e impor ao consumidor produtos caros e sem qualidade desejada, a utilização de sofisticados procedimentos de marketing que, antes de informar, criam a necessidade de consumir³⁹.

Frente a essa realidade, a doutrina e a jurisprudência brasileira têm distinguido diversas espécies de vulnerabilidade⁴⁰. Lição muito citada na doutrina consumerista brasileira é a de Cláudia Lima Marques. A autora distingue vulnerabilidade em quatro grandes espécies, a saber, *técnica, jurídica, fática e informacional*. Além dessas vertentes, Moraes ainda destaca as vulnerabilidades *política ou legislativa, biológica ou psíquica, e ambiental*.

Diante de todas essas nuances, verifica-se que a vulnerabilidade do consumidor é muito mais ampla e robusta do que se pode pensar a princípio, fato esse que legitima sobremaneira a tutela dos consumidores, em especial a dos hipervulneráveis como a criança.

4. A hipervulnerabilidade da criança consumidora

Conforme antes declinado, o consumidor se encontra sob diversas nuances em situação de fragilidade, de modo que “o princípio orientador, que ao mesmo tempo justifica e orienta a defesa do consumidor, é o da sua vulnerabilidade, que se apresenta como presunção legal”⁴¹. Essa condição

foi se consolidando, ou melhor, acentuando ao longo do tempo com o desenvolvimento do processo de industrialização. Quanto mais a sociedade de consumo se expande e se especializa, mais se agrava a debilidade do consumidor. É nessa trilha que hoje chegamos à era das hipervulnerabilidades.

Calais-Auloy ensina que os consumidores, embora se beneficiem materialmente com o desenvolvimento econômico, tendem a se tornar simples objetos manipulados pelos especialistas do marketing. Eles são, segundo o jurista, ao mesmo tempo os reis e os escravos desse sistema de consumo, que caracteriza os países capitalistas. O autor explica que a situação é particularmente grave para aqueles consumidores que pertencem a categorias dos mais desfavorecidos em razão de sua pobreza, de sua ignorância ou de sua idade⁴². Nesse sentido, se diz que há grupos de consumidores que são hipervulneráveis, isto é, possuem uma vulnerabilidade dupla ou agravada.

O acolhimento da ideia de vulnerabilidade potencializada de certas categorias de consumidores é um prolongamento do processo de reconhecimento das especificidades do homem concreto (em contraposição ao antigo tratamento generalizante e abstrato), bem como uma decorrência da expansão e concretização da dignidade da pessoa humana, além de se revelar como um desdobramento da isonomia material.

Após tratar o homem de forma generalizante como sujeito de direito abstrato, supervalorizando o critério formal, o Estado, no século XX, almejando a igualdade substancial, volta sua atenção para os grupos da sociedade. O homem, assim, deixa de ser compreendido a partir de sua abstração para ser considerado em seu grupo social.

Pinheiro e Detroz⁴³ salientam que aquele sujeito abstrato das codificações oitocentistas cedeu lugar para o sujeito visto em sua concretude, como trabalhador, consumidor etc. Com o reconhecimento das peculiaridades de cada uma dessas situações, tem-se que cada sujeito deve receber um tratamento jurídico próprio, a fim de compensar o desequilíbrio das partes. Neste ínterim, surgiram os microssistemas, a exemplo do consumerista, que visam proteger determinadas categorias de pessoas, “que deixam de ser consideradas abstratamente para se destacar como concretas e que, dadas as condições especiais, merecem tratamento específico”⁴⁴.

Os regimes jurídicos de proteção específicos para o consumidor e para a criança são conquistas ainda mais recentes no direito pátrio. A Constituição da República de 1988 trouxe, pela primeira vez, os alicerces para a proteção dessas categorias. A lei maior, além de elencar direitos e garantias fundamentais individuais e específicas, também consagra dispositivos específicos a

determinados sujeitos como as crianças (art. 227). O direito pátrio, com o advento da magna carta vigente, passou a refletir o processo de expansão e especificação dos direitos humanos apontado por Bobbio.

A partir do final do século passado, os direitos humanos “ampliam-se e solidificam-se não apenas pelo reconhecimento de novos bens jurídicos mercedores de tutela, mas também pelo reconhecimento de especificidades de grupos (criança, jovem, mulher...)”⁴⁵. O direito passa, então, a enfocar as especificidades do homem concreto, abandonando-se gradativamente a ideia de ente genérico e abstrato. Nesse sentido, Bobbio aduz:

*Os direitos do homem são indubitavelmente um fenômeno social [...] essa multiplicação [dos direitos do homem] ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados mercedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc., em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status dos indivíduos.*⁴⁶

No que tange ao terceiro processo, em que as pessoas passaram a ser vistas em suas especificidades e concretude, Bobbio explica que o homem foi tomado na diversidade de seus variados status sociais, com fulcro em distintos critérios de diferenciação (dentre eles, a idade), que não admitem proteção e tratamentos idênticos⁴⁷.

Essa preocupação do século XX com as especificidades de cada pessoa revela-se como “uma tentativa de densificar o princípio da isonomia, com tratamento diferenciado a pessoas – sujeitos concretos – e situações subjetivas que, por fatores diversos, necessitam de proteção mais intensa”⁴⁸. Isso porque “a construção de conceitos e a definição de categorias abstratas, pretensamente igualizantes, pode conduzir a verdadeiras discriminações, sempre que se apliquem as mesmas soluções a situações de fato diferentes”⁴⁹.

Nesse contexto, acompanhando a evolução dos direitos humanos, não só o termo vulnerabilidade ganha espaço em diversas culturas, surgindo um novo direito voltado para a proteção dos vulneráveis, mas também se passa a reconhecer diferentes graus de fragilidade desses sujeitos em consonância com as diversas especificidades.

Constata-se que “o reconhecimento da presunção absoluta de vulnerabilidade a todos os consumidores não significa, contudo, que os mesmos serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor”⁵⁰. De tal arte, ao contrário do que se poderia imaginar *a priori*, inexistente uma homogeneidade

dos consumidores e o regime de tutela instituído no CDC se rege por critérios de aplicação que dão relevo à situação real das partes na relação de consumo. Não se pode, pois, negar as diferenças existentes entre os próprios consumidores e, por consequência, no grau de sua vulnerabilidade. Sobre o assunto, Herman Benjamin consigna, *litteris*:

A fraqueza ou fragilidade pode ser inerente às pessoas individualmente consideradas; pode ser relativa, quando o outro é muito forte, ou quando o bem ou serviço desejado é essencial e urgente, comportando assim graduações subjetivas comparáveis às graduações subjetivas da minoridade, que iriam dos consumidores mais desfavorecidos ou vulneráveis (idosos, crianças, superendividados, doentes, mutuários do SFH etc.) aos profissionais somente eventualmente vulneráveis⁵¹.

Logo, “o próprio conceito genérico de consumidor vai perdendo sua funcionalidade em determinados contextos de uso nos quais se torna necessária uma distinção entre tipos de consumidor”, como sublinha Macedo Júnior⁵². Nesse sentido, Pinheiro e Detroz anotam:

Deixa-se de ter um grupo único inscrito no Código de Defesa do Consumidor a que se chama de consumidor, em favor de diversos grupos de consumidores que anseiam por tutelas diferenciadas, o que não impede as diferenças entre os próprios consumidores⁵³.

Vislumbra-se, pois, que a categoria de consumidor cede espaço à categoria de consumidores. E mais, o consumidor passa a ter “sua individualidade considerada, e, por conseguinte, há de se compreender a existência de consumidores hipervulneráveis”⁵⁴.

A hipervulnerabilidade, como explicam Pinheiro e Detroz, embora não seja uma categoria jurídica que se encontra expressa na legislação consumerista, designa um conceito implícito no ordenamento jurídico brasileiro, alicerçado nos princípios constitucionais.

Assim, de acordo com as autoras, a vulnerabilidade agravada encontra fundamento na Constituição Federal, visto que esta institui cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, impondo o reconhecimento e influência dos interesses não patrimoniais sobre as relações interprivadas, além de estabelecer uma tutela especial a determinadas pessoas (crianças, idosos, etc.) e preconizar o respeito às diferenças⁵⁵.

Na esteira desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, já em 2009, ao julgar o REsp 586.316/MG, reconheceu que o ponto de partida

A criança
pode se
enquadrar em
todos os conceitos
de consumidor
positivados
no estatuto
consumerista

do CDC é a afirmação do princípio da vulnerabilidade do consumidor, importando para o Estado a proteção não apenas do vulnerável, mas sobretudo do hipervulnerável. O acórdão tem a seguinte ementa:

Direito do consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. Rotulagem. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo de aplicação da Lei do Glúten (Lei 8.543/92 ab-rogada pela Lei 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor. Mandado de segurança preventivo. Justo receio da impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. Sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança.

[...] 4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.

[...] 18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a “pasteurização” das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. 19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. 20. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos. [...] 22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 586316/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009) Sem grifos no original

Em seu voto, o relator, ministro Herman Benjamin abordou a questão da hipervulnerabilidade com mais profundidade:

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas.

[...] São exatamente os consumidores hipervulneráveis os que mais demandam atenção do sistema de proteção em vigor. Afastá-los da cobertura da lei, com o pretexto de que são estranhos à “generalidade das pessoas”, é, pela via de uma lei que na origem pretendia lhes dar especial tutela, elevar à raiz quadrada a discriminação que, em regra, esses indivíduos já sofrem na sociedade. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.

Como se observa, a hipervulnerabilidade, além de estar implícita no ordenamento jurídico e ter sido amplamente reconhecida pela doutrina, foi também expressamente acolhida pelo STJ.

Como reflexo desse reconhecimento, o discurso jurídico consumerista passa a aplicar a expressão ‘hipervulnerabilidade’ associada à criança consumidora. Considerando que “essa categoria carrega uma presunção de acúmulo de vulnerabilidades”⁵⁶, ressaltou a especificidade desse grupo no bojo das relações de consumo.

A vulnerabilidade agravada do consumidor-criança é demonstrada, principalmente, a partir da noção de que os infantes estão em processo de desenvolvimento físico-motor (crescimento orgânico e maturação neurofisiológica), intelectual (capacidade de pensamento e raciocínio), afetivo-emocional (modo particular do indivíduo integrar suas experiências) e social (maneira segundo a qual o indivíduo reage diante das situações que envolvem outras pessoas)⁵⁷.

Neste viés, considerando que a maturidade e estabilidade só são atingidas na fase adulta, tem-se que as crianças apresentam maiores dificuldades cognitivas em compreender a complexidade das mensagens mercadológicas, podendo até mesmo dizer que elas são dotadas de uma incapacidade de decifrar totalmente o significado das mensagens publicitárias. Isso diante do fato de não possuírem uma estrutura psíquica pronta para diferenciar

fantasia e realidade e estarem formando seu pensamento abstrato e senso crítico ao longo do processo de desenvolvimento biopsicológico.

Na trilha desse entendimento, Miragem pondera que as crianças *se encontram em estágio de vida em que não apenas permite que se deixem convencer com maior facilidade, em razão de uma formação intelectual incompleta, como também não possuem, em geral, o controle sobre os aspectos práticos da contratação, como os valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio.*⁵⁸

Diante da realidade, impõe-se o reconhecimento de que as crianças estão em posição de maior debilidade em relação à vulnerabilidade reconhecida ao consumidor-padrão. Cuida-se de uma vulnerabilidade fática (física, psíquica e social) agravada ou dupla vulnerabilidade, isto é: o consumidor-criança, em razão de suas qualidades específicas (reduzido discernimento, falta de percepção) são mais susceptíveis aos apelos dos fornecedores⁵⁹. Essa vulnerabilidade em relação à atuação negocial dos fornecedores no mercado ocorre principalmente por intermédio da publicidade infantil e das avançadas técnicas de *marketing*.

Destarte, na busca pela igualdade, a vulnerabilidade fática potencializada da criança fundamenta um tratamento especial. A mitigação da desigualdade material nas relações de consumo em que se inserem os infantes passa pelo reconhecimento de sua hipervulnerabilidade, inclusive pela legislação.

É inegável que direito brasileiro, ao prever estatuto específico para a criança, reconhece uma presunção de vulnerabilidade para esses sujeitos, mercedores de proteção especial. Aliás, não é por outra razão que a legislação consagrou-lhes os princípios da proteção integral e da absoluta prioridade (espécie de princípio da proteção do vulnerável)⁶⁰.

Ademais, o próprio CDC reconhece, no âmbito da publicidade, a vulnerabilidade agravada do infante, ao estabelecer, no art. 37, § 2º, o caráter abusivo da publicidade que venha a aproveitar-se da sua deficiência de julgamento.

Outrossim, afora o âmbito da publicidade, o estatuto consumerista ainda reconhece claramente a hipervulnerabilidade dessa categoria de consumidores quando enuncia que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, entre outras práticas abusivas, “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços” (art. 39, IV).

Na mesma trilha da doutrina e da legislação, o STJ recentemente, ao analisar questão relativa à propriedade industrial, no bojo do REsp

201000570200, reconheceu expressamente a hipervulnerabilidade da criança no mercado de consumo, *in verbis*:

Direito Marcário e Processual Civil. Recurso especial. Competência para julgar pedido de perdas e danos decorrentes do uso da marca, cujo registro pretende-se a anulação. Lide que não envolve a União, Autarquia, Fundação ou Empresa Pública Federal. Competência da Justiça Estadual. Registro da marca “Cheese.ki.tos”, em que pese a preexistência do registro da marca “Chee.tos”, ambas assinalando salgadinhos “Snacks”, comercializados no mesmo mercado. Impossibilidade, visto que a coexistência das marcas tem o condão de propiciar confusão ou associação ao consumidor.

[...] 5. A possibilidade de confusão ou associação entre as marcas fica nítida no caso, pois, como é notório e as próprias embalagens dos produtos da marca “Chee.tos” e “Cheese.ki.tos” reproduzidas no corpo do acórdão recorrido demonstram, o público consumidor alvo do produto assinalado pelas marcas titularizadas pelas sociedades empresárias em litígio são as crianças, que têm inegável maior vulnerabilidade, por isso denominadas pela doutrina - o que encontra supedâneo na inteligência do 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor - como consumidores

hipervulneráveis. 6. O registro da marca “Cheese.ki.tos” violou o artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial e não atende aos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, consoante disposto no artigo 4º, incisos I, III e VI, do Código de Defesa do Consumidor, sendo de rigor a sua anulação. 7. Recurso especial parcialmente provido (RESP 201000570200, Luis Felipe Salomão, STJ - Quarta Turma, DJE de 12/04/2013). [Sem grifos no original]

Parece evidente que a especificidade do consumidor criança no que diz respeito à sua condição de hipervulnerável tenha sido reconhecida no Brasil, tanto pela lei, quanto pela doutrina e jurisprudência.

Ressalta-se que, com espeque nessa aplicação de uma vulnerabilidade especial das crianças, pretende-se resgatar a dignidade da pessoa humana dessa categoria também no âmbito da relação consumerista.

A hipervulnerabilidade dos infantes, em face da tutela da dignidade da pessoa humana, propõe-se como um critério jurídico a ser utilizado no exame das relações de consumo em que as crianças se inserem e, em particular, quando se tratar da publicidade abusiva.

É inegável que as crianças estejam inseridas no conceito *standard* de consumidor, pois não há dúvidas de que elas são destinatários finais no mercado de consumo

Daí exsurge a necessidade de que a vulnerabilidade agravada da criança sirva como diretriz na atuação dos órgãos públicos responsáveis pelo controle e fiscalização das atividades econômicas no mercado de consumo, bem como do magistrado ao decidir causas que envolvam a participação de crianças em relações consumeristas⁶¹.

Ante o exposto, constata-se que os consumidores, de fato, não são mais vistos como uma categoria homogênea e o direito consumerista reconhece suas diferenças, concretizando agora um “duplo caráter distributivo, tanto entre consumidores e fornecedores, quanto entre consumidores e consumidores”⁶². Neste diapasão, surgem novas categorias de consumidores (a exemplo, do consumidor-criança) com a identificação da hipervulnerabilidade como um novo critério de diferenciação, que objetiva, em última análise, a valorização da pessoa humana em suas diversas especificidades.

Notas

¹ “Le coeur du droit de la consommation est constitué par les règles qui répondent cumulativement à deux critères: a) leur application est réservée aux relations entre professionnels et consommateurs; b) leur but est de protéger les consommateurs” (CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 5ª ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 15).

² CAVALIERI FILHO, Sergio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99.

³ TEIXEIRA, Odemir Bilhalva. *Aspectos principiológicos do Código de Defesa do Consumidor*. 1a. ed. Campinas: Russell Editores, 2009, p. 170.

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 65.

⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 74.

⁶ “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.”

⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 137.

⁸ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiolgia, conceitos, contratos atuais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 98.

⁹ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 4. ed. rev e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 36.

¹⁰ Interessante notar que essa é uma tendência comum em nível internacional. Sobre o assunto, Bourgoignie afirma que a introdução na definição de consumidor de um elemento subjetivo, a saber,

o caráter privado do destino reservado aos produtos ou serviços utilizados ou adquiridos (leia-se: uso não profissional) encontra numerosos exemplos no direito estrangeiro (BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 10.).

¹¹ SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32.

¹² Nesse sentido, Leonardo Bessa afirma que “importa, especialmente como critério hermenêutico para solução de casos difíceis, identificar a *ratio essendi* das leis especiais de proteção ao consumidor que é, como adiantado, a própria razão de defesa do consumidor: a fragilidade em face de atividades próprias no mercado” (BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 35).

¹³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 77.

¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 77.

¹⁵ ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 173.

¹⁶ Isso porque, como explica o autor, o conceito do art. 2º não alcança o consumidor antes da conclusão do negócio jurídico, pois fala em aquisição de produtos ou serviço, o que faz presumir a celebração de um contrato de consumo.

¹⁷ ZANELLATO, Marco Antonio. Op. cit., p.176.

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 81-2.

¹⁹ Eros Roberto Grau *apud* MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 47.

²⁰ BOURGOIGNIE, Thierry. Op. cit., p.21.

²¹ CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista Editora, 1996, p. 195.

²² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 67.

²³ CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. Op. cit., p. 201.

²⁴ Rememore-se que a única característica restritiva do conceito de consumidor padrão entabulado pelo estatuto consumerista é aquisição ou utilização do bem como destinatário final.

²⁵ SCHOR, Juliet B. *Nascidos para comprar: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo*. São Paulo: Editora Gente, 2009, p. 2.

²⁶ COMPRAR: BRINCADEIRA DE CRIANÇA? *Revista Psique Ciência e Vida*, n. 33. São Paulo: Editora Escala, 2008, p. 39.

²⁷ CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. Op. cit., p. 200.

²⁸ O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), em seu art. 2º, enuncia: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Por outro lado, a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e promulgada pelo Dec. 99.710 de 21/11/90, considera como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, não fazendo distinção entre criança e adolescente.

²⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 30.

³⁰ Henry Ford *apud* FILOMENO, José Geraldo Brito. *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 68-9.

³¹ “(...) recognizing that consumers often face imbalances in economic terms, educational levels, and bargaining power; and bearing in mind that consumers should have the right of access to non-hazardous products, as well as the right to promote just, equitable and sustainable economic and social development (...)”. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/resolu%C3%A7%C3%A3o-da-organiza%C3%A7%C3%A3o-das-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-onu-n%C2%BA-3924-8-de-16-de-abril-de-1985-em-ingl%C3%AAs>>. Acesso em: 16.09.2013.

³² Como afirmava Rui Barbosa, “a democracia não é exatamente o regime político que se caracteriza pela plena igualdade de todos perante a lei, mas sim pelo tratamento desigual dos desiguais”. (Rui Barbosa *apud* FILOMENO, José Geraldo Brito. *et al.* Op. cit., p. 69). No mesmo sentido, Almeida assinala que “os consumidores devem ser tratados de forma desigual pelo CDC e pela legislação em geral a fim de que consigam chegar à igualdade real” (ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.).

³³ Herman Benjamin *apud* BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 30.

³⁴ ALMEIDA, João Batista de. Op. cit., 24.

³⁵ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira consigna que vulnerabilidade busca evidenciar o significado daquela situação pela qual alguém ou algo pode ser atacado (*apud* BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Op. cit., p. 43).

³⁶ MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 100.

³⁷ Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins *apud* BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Op. cit., p. 46.

³⁸ MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 31.

³⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 39.

⁴⁰ Nesse sentido, tem-se a seguinte ementa do STJ: “Consumidor. Definição. Alcance. Teoria finalista. Regra. Mitigação. Finalismo aprofundado. Consumidor por equiparação. Vulnerabilidade. (...) 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. A despeito da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. (...)” (RESP 201000943916, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJE de 21/11/2012).

⁴¹ MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 39.

⁴² “Mais de façon général, les consommateurs sont en situation de faiblesse. Tout en bénéficiant matériellement du développement économique, ils tendent à devenir de simples objets manipulés par les spécialistes du marketing. Ils sont à la fois les rois et les esclaves de cette <société de consommation> qui caractérise les pays développés. La situation est particulièrement grave pour les consommateurs appartenant aux catégories les plus défavorisées, en raison de leur pauvreté, de leur ignorance ou de leur âge” (CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. Op. cit., p. 2).

⁴³ 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. Curitiba: Editora Bonijuris, 2012, p.133.

⁴⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlayne. Op. cit., p. 133.

⁴⁵ GRAEFF, BIBIANA. Direito do consumidor idoso no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2013, p. 67.

⁴⁶ Noberto Bobbio *apud* BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 28.

⁴⁷ Nesse sentido, o renomado jurista assinala: “A mulher é diferente do homem. A criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes etc.” (Noberto Bobbio *apud* BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 28).

⁴⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 29.

⁴⁹ Carlos Ferreira de Almeida *apud* BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 29.

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 100-1.

⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 74.

⁵² Ronaldo Poro Macedo Júnior *apud* PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlayne. Op. cit., p. 151.

⁵³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlayne. Op. cit., p. 139.

⁵⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlayne. Op. cit., p. 151-2.

⁵⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlayne. Op. cit., p. 143.

⁵⁶ GRAEFF, BIBIANA. Op. cit., p. 68.

⁵⁷ LIMEIRA, Tania Maria Vidigal. *Comportamento do consumidor brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 158.

⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 103.

⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 102.

⁶⁰ GRAEFF, BIBIANA. Op. cit., p. 71.

⁶¹ MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 103.

⁶² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlayne. Op. cit., p. 154.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000.

CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista Editora, 1996.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 4. ed. rev e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais.

COMPRAR: BRINCADEIRA DE CRIANÇA? *Revista Psique Ciência e Vida*, n. 33. São Paulo: Editora Escala, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRAEFF, BIBIANA. Direito do consumidor idoso no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2013.

LIMEIRA, Tania Maria Vidigal. *Comportamento do consumidor brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHOR, Juliet B. *Nascidos para comprar: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo*. São Paulo: Editora Gente, 2009.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. *Aspectos principiológicos do Código de Defesa do Consumidor*. 1a. ed. Campinas: Russell Editores, 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais.

COMENTÁRIOS AO
TRATAMENTO JURÍDICO
CONFERIDO AOS
INVESTIDORES NO
MERCADO FINANCEIRO E
DE CAPITAIS ENQUANTO
CONSUMIDORES DE
PRODUTOS E SERVIÇOS –
ASPECTOS DO REGIME DO DIREITO
DO CONSUMIDOR APLICÁVEIS
AOS MERCADOS FINANCEIRO E DE
CAPITAIS NO DIREITO BRASILEIRO

ILENE PATRÍCIA DE NORONHA NAJJARIAN*
Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo – USP

RESUMO

O presente artigo tem por escopo demonstrar que a tutela jurídica aplicável ao regime informacional do Direito do Consumidor deveria e poderia ser aplicada, in totum, ao investidor não qualificado tendo em vista a sua costumeira hipossuficiência em relação aos integrantes do mercado financeiro e de capitais.

EXCERTOS

“Pelo artigo 109 da Instrução CVM 409 (que cuida dos fundos de investimento) é um investidor qualificado qualquer pessoa física ou jurídica que possui investimento financeiro em valor superior a R\$300.000,00 (trezentos mil reais) e que ateste sua condição de qualificado mediante termo próprio, de acordo com o anexo 1 da instrução em tela”

“Apesar de a lei autorizar as companhias securitizadoras a emitir outros valores mobiliários, os CRIs (como, abreviadamente, estão designados no jargão do mercado) são valores mobiliários específicos desse setor da economia e são lastreados nos créditos imobiliários que representam as negociações desse ramo de negócio, quase com exclusividade”

“O espírito do legislador, ao enquadrar as cotas de fundos de investimento como valor mobiliário no artigo 2º da Lei 6.385/76, parece indicar que esses títulos nascem em razão de uma composição de carteira que possua outros valores mobiliários, tais como: ações, o direito de subscrição de uma ação, debêntures, bônus etc”

“Assinale-se que a emissão privada, embora seja plenamente viável num processo de recuperação judicial, revela-se, na prática, um tanto difícil, já que achar tomadores de antemão para títulos emitidos por empresa em estado patológico não se afigura uma tarefa simples”

* Outras qualificações da autora

*Professora Universitária de Direito Empresarial na graduação e em pós-graduação.
Procuradora Federal lotada na C.V.M¹.*

I. Considerações introdutórias

A 3ª turma do STJ entendeu que as regras do Código de Defesa do Consumidor no Brasil se aplicam em consórcios somente às relações jurídicas entre o consorciado e a administradora, pois o CDC serve para proteger o consumidor e não pode ser usado para restringir o seu direito.

Irresignado com a decisão do STJ no REsp 1.185.109, o consórcio recorreu, explicando que a modificação das condições do contrato foi necessária para equiparar todos os consumidores que a ele aderiram, sem privilegiar os que quitaram as parcelas antes (de acordo com o artigo 6º, parágrafo V, do CDC).

Quanto à aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, a ministra Nancy Andrighi concordou com o posicionamento do ministro Sidnei Beneti, no sentido de que tais princípios não podem ser observados pois não houve impugnação da matéria quanto a esse assunto.

Com a retificação de votos dos ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti, a decisão da 3ª turma foi unânime.

As terminologias anglo-saxônicas “*venture capital*”, “*private equity*”, “*project finance*” e outras similares fazem parte indissociável do mundo empresarial atual, que busca incessantemente proteção para a sua atividade, não somente por meio dos “velhos consórcios”, mas importando institutos de direito alienígena, tal como aconteceu ao introduzir-se no direito comercial societário brasileiro verdadeiras coligações de contratos transformando consuetudinariamente regras mercantilistas.

Lembre-se que a “nova” Instrução da Comissão de Valores Mobiliários, de n. 480, trouxe para o direito comercial brasileiro várias novidades, abandonando-se o conceito de companhia aberta, fixando-se no conceito de “*emissor*” de valores mobiliários *independentemente de seu tipo societário* e da sua situação jurídica econômica, e estabelecendo as categorias distintas de emissores ao criar a dicotomia entre os emissores, ora divididos em categorias “A” e “B” de emissores de valores mobiliários.

Este singelo artigo tem a pretensão de demonstrar que o início da captação de poupança popular em mercado de capitais foi marcado pela presença de sociedades anônimas abertas, e, hoje, por força de outras estruturas de captação, até por força da Instrução CVM 480, adveio maior facilidade na captação de poupança. De outra banda, a nosso ver a proteção ao investidor não qualificado ainda não é suficiente.

II. Dos diferentes tipos de investidores – consumidor

Lembre-se *ab initio* um caso da jurisprudência brasileira envolvendo dano moral caracterizado e que teve de ser indenizado pela instituição financeira. Sentença mantida. Recurso de banco não provido (TJSP – 13ª Câm. de Direito Privado; Ap 0142660-96.2009.8.26.0100-São Paulo-SP; Rel. Des. Heraldo de Oliveira; j. 16/3/2011; m.v.).

Nesse caso verificou-se ser de responsabilidade do banco o talonário de cheques – o cheque é ainda um título de crédito muito utilizado no direito comercial brasileiro. Hoje, com o advento da Lei 10.303/01, os valores mobiliários não mais se limitam àqueles específicos designados na lei e emitidos por sociedades anônimas, não sendo mais fixados em *numerus clausus*, e alguns deles nascem, ou seja, são emitidos como verdadeiros títulos de crédito. Podem, na prática – considerado o amplo espectro dado pelo referido texto legal ao conceito de valores mobiliários, conforme tivemos a oportunidade de assinalar em nossa tese de doutoramento apresentada à USP² –, consistir em qualquer título ou contrato de investimento coletivo que gere direito de participação, de parceria ou de remuneração, cujos rendimentos não advenham dos esforços do investidor, mas, sim, do empreendedor ou de terceiros.

Nesse passo, os títulos de dívida – valores mobiliários arrolados no bojo de uma outra instrução da CVM, a de número 476 – encontrariam, e disto não se pode olvidar, subsunção em um dos incisos do artigo 2º da Lei 6.385/76, que fornece o elenco dos valores mobiliários do direito brasileiro, sob a *jurisdição*³ da CVM, que poderiam ser emitidos por companhias falidas ou em recuperação judicial.

Seguindo as tendências mundiais, o colegiado da CVM – a nosso ver, com inteiro acerto –, devidamente fundamentado nas disposições constantes dos arts. 4º, incisos II e VI, 8º, inciso I, 19, § 5º, e 21, § 6º, da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, aprovou a Instrução 480, que cuida, entre outros assuntos, do regime da informação a ser prestada no mercado de capitais, objeto de comentários que, a voo de pássaro, iremos fazer logo mais adiante para entender os diversos tipos de investidores (pois consoante as regras de *suitability* *descobre-se o perfil do investidor conforme seus investimentos e capacidade para entendê-los e suportá-los*).

Assinale-se, desde logo, que as companhias abertas – sejam elas instituições financeiras ou não –, mesmo quando estejam sob o regime de recuperação judicial, intervenção ou liquidação extrajudicial, ou até mesmo

no da falência, *não deixam de permanecer inseridas no mercado de capitais (até porque a sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial não tem aptidão para gerar tal efeito), não as eximindo de cumprir seus deveres informacionais*. Muito ao contrário, existe há tempos um regime próprio para tais companhias disciplinado pela CVM (vide, com efeito, a Instrução CVM 202/93 revogada pela atual Instrução CVM 480).

Vejam, pois, trechos da redação da Instrução 480/2010, a qual dispõe sobre as informações a serem prestadas por meio das companhias abertas em recuperação judicial ou falidas, que poderão, eventualmente, realizar ofertas públicas de valores mobiliários, distribuídas com esforços restritos ou não, e a negociação desses valores mobiliários nos mercados regulamentados até mesmo para eventual cumprimento de plano de recuperação judicial. Cumpre, *ab initio*, nesse sentido, lembrar o rol de valores mobiliários, conhecidos como “títulos de dívida”, os quais são passíveis de emissões em planos de recuperação judicial, conforme disposto na Instrução CVM 476, que disciplina as ofertas públicas de valores mobiliários com “esforços restritos”, a saber:

“Art. 1º Serão regidas pela presente Instrução, as ofertas públicas de valores mobiliários distribuídas com esforços restritos.

§ 1º Esta Instrução se aplica exclusivamente às ofertas públicas de:

I – notas comerciais;

II – cédulas de crédito bancário que não sejam de responsabilidade de instituição financeira;

III – debêntures não-conversíveis ou não-permutáveis por ações;

IV – cotas de fundos de investimento fechados; e

V – certificados de recebíveis imobiliários ou do agronegócio.

§ 2º Esta Instrução não se aplica às ofertas privadas de valores mobiliários.”

Com efeito, a distribuição pública com esforços restritos de colocação encontra-se delimitada pelas regras contidas no próprio âmbito da Instrução 476, além de estar também adstrita à lista de títulos de dívida – valores mobiliários –, a qual está formulada em *numerus clausus*, isto é, de caráter taxativo, conforme já anteriormente frisado.

Para toda e qualquer investigação sobre o tema, há que se partir do parâmetro estabelecido *pelo rol dos valores mobiliários, este sim exemplificativo, isto é, em numerus apertus, consoante se depreende da simples leitura do artigo 2º da Lei 6.385/76*. Vejamos, pois, um a um, ainda que em voo meramente panorâmico, os possíveis valores mobiliários que poderiam ser emitidos durante a implementação de um plano de recuperação judicial, ou até mesmo para agilizar a retirada de uma empresa de seu estado falimentar.

II.1. Investidores com qualificação especial (inciso IV do art. 109 da Instrução CVM 409, de 2004)

Pelo artigo 109 da Instrução CVM 409 (que cuida dos fundos de investimento) é um investidor qualificado qualquer pessoa física ou jurídica que possui investimento financeiro em valor superior a R\$300.000,00 (trezentos mil reais) e que ateste sua condição de qualificado mediante termo próprio, de acordo com o anexo 1 da instrução em tela.

Diante do exposto, para lograr identificar o perfil do investidor (*suitability*) necessário se faz analisar rapidamente algumas das espécies de valores mobiliários mais comuns e que a nosso sentir deveriam ser passíveis de devolução à instituição emissora na hipótese de vício oculto no valor mobiliário (como por exemplo: emissões de valores mobiliários realizadas com balanços incorretos, dados fraudulentos ou manipulados etc.).

Veja-se um pequeno elenco dos valores mobiliários mais comuns no direito brasileiro.

As notas comerciais (“*commercial papers*”). Tais títulos seguem a regra estabelecida pela Instrução CVM 134, que determina, entre outros requisitos, que o seu valor unitário será de, no mínimo, R\$500.000,00 por título. Referida instrução estabelece, ainda, outros requisitos relativos à emissão das notas comerciais.

Assim, as companhias poderão emitir, para colocação pública, notas promissórias que conferirão a seus titulares direito de crédito contra elas.

As notas promissórias circularão por endosso em preto, de mera transferência de titularidade, conforme previsto no artigo 15 do anexo I da Convenção para Adoção de uma Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, promulgada pelo Decreto 57.663, de 24 de janeiro de 1966.

Constará obrigatoriamente do endosso a cláusula “*sem garantia*”, devendo tal condição constar, ainda, necessariamente, do prospecto de lançamento (conforme artigo 22 da I. CVM 134).

Somente poderão efetuar emissões de notas promissórias as companhias que tenham patrimônio líquido igual ou superior a dez milhões de Bônus do Tesouro Nacional para fins Fiscais – BTNF, com base em demonstrações financeiras (artigo 176 da Lei 6.404/76), elaboradas em moeda de capacidade aquisitiva constante e levantadas em data que anteceder, no máximo, a três meses do ingresso do pedido de registro na CVM.

Computado o montante de notas promissórias a serem emitidas, o índice de endividamento (passivo circulante mais exigível a longo prazo, dividido pelo patrimônio líquido) não poderá exceder a 1.2.

A cada deliberação de nova emissão de nota promissória, a companhia emissora, para cômputo do limite referido neste artigo, deverá considerar as emissões já deliberadas e ainda não resgatadas.

O limite desse dispositivo da I. CVM 134 não se aplica às emissões ou parcelas da emissão que sejam objeto de: a) linhas de crédito contratadas quando da emissão, concedidas por instituição financeira habilitada e disponíveis, de forma irrevogável e irrestrita, quando do resgate das notas promissórias;

b) seguro de crédito, irrevogável e irrestrito.

Somente poderão colocar notas promissórias as companhias que estiverem em dia com as obrigações contraídas em colocações anteriores de notas promissórias.

O valor nominal da nota promissória, expresso em moeda nacional, não poderá ser inferior a quantia equivalente a 80.000 BTNF, na data da deliberação de sua emissão (estando este valor, hoje, situado em torno de meio milhão de reais).

O prazo de vencimento das notas promissórias, contado a partir da data da emissão, será de:

I – trinta dias, no mínimo, e cento e oitenta dias, no máximo, quando emitidas por companhia fechada;

II – trinta dias, no mínimo, e trezentos e sessenta dias, no máximo, na hipótese de emissão por companhia aberta.

Na data de vencimento, a nota promissória deve ser liquidada.

A sociedade emissora pode, havendo anuência expressa do titular, resgatar antecipadamente as notas promissórias.

O resgate da nota promissória implica a extinção do título, vedada sua manutenção em tesouraria.

A segregação patrimonial constitui árdua etapa nas operações de securitização no Brasil, e obviamente serve para a garantia dos investidores deste tipo de valor mobiliário

As Cédulas de Crédito Bancário. As Cédulas de Crédito Bancário foram disciplinadas no Brasil pela Lei 10.931/04, que prevê dentre outras coisas que “a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será *emitida* pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente”. Por força de recente e memorável decisão do colegiado da CVM, tais títulos, quando emitidos com determinadas características, deverão ser considerados valores

mobiliários, consoante as lições do então diretor da autarquia, Marcos Pinto, a saber⁴:

“Em síntese, as CCBs serão valores mobiliários caso a instituição financeira em favor das quais elas foram emitidas:

- i. realize uma oferta pública de CCBs; e*
- ii. exclua sua responsabilidade nos títulos.*

3.15 A contrário senso, as CCBs não serão valores mobiliários e não estarão sujeitas ao regime imposto pela Lei nº 6.385/76 caso:

- i. não sejam objeto de oferta pública; ou*
- ii. a instituição financeira permaneça responsável pelo seu adimplemento, hipótese em que poderão circular no mercado sem estar sujeitas à regulamentação e fiscalização da CVM, assim como os demais títulos de emissão de instituições financeiras, como os certificados de depósito bancário (“CDBs”).”*

Lembre-se que as CCBs somente podem ser alienadas para um Fundo de Investimento em Direito Creditório (FIDC, veículo de securitização de créditos muito utilizado no Brasil) mediante endosso em preto.

Debêntures não conversíveis e não permutáveis em ações. Tais debêntures, sem sombra de dúvidas, são títulos de crédito, nos termos da célebre definição *Vivantiana*, segundo a qual título de crédito é o “*documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele mencionado*”. Por tratar-se de título de crédito causal, porém, está a debênture necessariamente atrelada à escritura de emissão. Nesse passo, a escritura de uma emissão debenturística, para os fins da Instrução 476, deverá deixar absolutamente transparente que tais debêntures jamais terão o condão de ser convertidas em frações de capital social, ou seja, em ações da companhia que as emitiu.

Certificados de Recebíveis Imobiliários e do Agronegócio. A Lei 9.514/97 disciplinou a securitização de créditos imobiliários, legalizou mecanismos e instrumentos específicos e, ainda, objetivou inequivocamente fomentar esse mercado. Assinale-se, no entanto, não obstante tal *desideratum*, que a securitização imobiliária no Brasil é responsável por parcela pouco expressiva – quiçá até mesmo insignificante – dos recursos necessários ao financiamento habitacional, e, nesse ponto, talvez possa a Instrução 476 viabilizar de modo mais célere e econômico a captação de recursos para tal setor.

Frise-se que a Lei 9.514/97 define a securitização de créditos imobiliários, a saber: “a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante termo de securitização

de créditos lavrado por uma companhia securitizadora, onde constarão todas as informações a respeito da operação em tela”.

Apesar de a lei autorizar as companhias securitizadoras a emitir outros valores mobiliários, os CRIs (como, abreviadamente, estão designados no jargão do mercado) são valores mobiliários específicos desse setor da economia e são lastreados nos créditos imobiliários que representam as negociações desse ramo de negócio, quase com exclusividade. Consoante o artigo 6º da Lei 9.514/97, os CRIs são títulos de crédito nominativos, de livre negociação, lastreados em créditos imobiliários, constituindo promessas de pagamento em dinheiro, podendo ser emitidos somente pelas companhias securitizadoras de créditos imobiliários.

Como já é notório, a segregação patrimonial constitui árdua etapa nas operações de securitização no Brasil, e obviamente serve para a garantia dos investidores deste tipo de valor mobiliário. Assim, a legislação brasileira, a respeito de securitização imobiliária, tratou dessa segregação em dois âmbitos: primeiramente na esfera da companhia incorporadora, antes da securitização; posteriormente no veículo securitizador, emissor dos CRIS, após cedidos os créditos, sendo certo que houve a edição da Medida Provisória 2.221, de 4 de setembro de 2001, que criou a figura do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias⁵.

Vale salientar, nesse contexto, como espécie de sucedâneo dos CRIs, que as debêntures com valor nominal mínimo de trezentos mil reais também podem ser utilizadas na securitização imobiliária, dependendo, para tanto, da estruturação escolhida na montagem da operação aprovada no plano de recuperação judicial, além de que tal operação ocorra em consonância com as normas da Instrução CVM 476 em tela.

II.2. Outros valores mobiliários passíveis de serem emitidos por companhias em recuperação judicial

Os Fundos de Recuperação Judicial – os quais, na verdade, na prática do ordenamento jurídico brasileiro, são os FIPs – CVM, ou seja, os *Fundos de Investimento em Participação*, denominado por alguns de “*private equity*” regulamentados pela Instrução CVM 391, recentemente alterada pelas Instruções CVM 496 e 498/2011 – formam o mecanismo mais usual e conhecido dos brasileiros de emissões de valores mobiliários em processos de recuperação judicial.

Como corolário da natureza jurídica dos fundos de investimento, seu patrimônio não se confunde ou se comunica com o patrimônio da instituição

que o administra, pertencendo exclusivamente aos seus respectivos cotistas. Logo, a decretação, com base na Lei 6.024/76, do regime de intervenção ou de liquidação extrajudicial da instituição financeira que atue como administradora de fundos de investimento não projeta seus efeitos sobre os cotistas de tais fundos, ou sobre o seu patrimônio.

Consoante o disposto na Instrução 391, não há dúvidas de que o FIP foi modelado para a finalidade de aplicar recursos em empreendimentos que deles necessitem, tais como as recuperações judiciais, oferecendo mecanismos de intervenção na empresa objeto. Veja-se, neste passo, a íntegra do artigo 2º da Instrução em tela:

*“Art. 2º. O Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, **participando do processo decisório da companhia investida**, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração.*

*§ 1º. Sempre que o fundo decidir **aplicar recursos em companhias que estejam, ou possam estar, envolvidas em processo de recuperação e reestruturação, será admitida a integralização de cotas em bens ou direitos, inclusive créditos, desde que tais bens e direitos estejam vinculados ao processo de recuperação da sociedade investida e desde que o valor dos mesmos esteja respaldado em laudo de avaliação elaborado por empresa especializada.***

§ 2º. A participação do fundo no processo decisório da companhia investida pode ocorrer:

I – pela detenção de ações que integrem o respectivo bloco de controle,

II – pela celebração de acordo de acionistas ou, ainda,

III – pela celebração de ajuste de natureza diversa ou adoção de procedimento que assegure ao fundo efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão.

§ 3º. O regulamento do fundo deverá estabelecer os critérios a serem observados para a definição das companhias abertas que possam ser objeto de investimento pelo fundo.

§ 4º. As companhias fechadas referidas no caput deverão seguir as seguintes práticas de governança:

I – proibição de emissão de partes beneficiárias e inexistência desses títulos em circulação;

II – estabelecimento de um mandato unificado de 1 (um) ano para todo o Conselho de Administração;

III – disponibilização de contratos com partes relacionadas, acordos de acionistas e programas de opções de aquisição de ações ou de outros títulos ou valores mobiliários de emissão da companhia;

IV – adesão a câmara de arbitragem para resolução de conflitos societários;

V – no caso de abertura de seu capital, obrigar-se, perante o fundo, a aderir a segmento especial de bolsa de valores ou de entidade mantenedora de mercado de balcão organizado que assegure, no mínimo, níveis diferenciados de práticas de governança corporativa previstos nos incisos anteriores; e

VI – auditoria anual de suas demonstrações contábeis por auditores independentes registrados na CVM.

§ 5º. O investimento poderá ser efetivado através de compromisso, mediante o qual o investidor fique obrigado a integralizar o valor do capital comprometido à medida que o administrador do fundo fizer chamadas, de acordo com prazos, processos decisórios e demais procedimentos estabelecidos no respectivo compromisso de investimento.

§ 6º. Da denominação do fundo deverá constar a expressão “Fundo de Investimento em Participações”, não se admitindo que, à denominação do fundo, sejam acrescidos nomes ou expressões que induzam a uma interpretação indevida quanto a seus objetivos, a sua política de investimento ou a seu público alvo.”

Recorde-se que os fundos de investimento são, assim, **condomínios** constituídos com o objetivo de promover a aplicação coletiva dos recursos de seus participantes. São regidos por um regulamento, que pode ser alterado por decisão da assembleia geral de cotistas, a qual, de regra, concentra o poder decisório sobre os mais relevantes aspectos do fundo de investimento.

Ressalte-se que, nos termos do art. 17 da Circular BACEN 2.616/95 e do art. 10, parágrafo único, da Instrução CVM 409/04, as cotas do fundo devem ter seu valor calculado diariamente, com base em avaliação patrimonial que considere o valor de mercado dos ativos financeiros integrantes da carteira. Muito embora o FIP seja regido por instrução própria – a de n. 391 – e a sua carteira tenha composição definida por regras próprias, o acompanhamento do valor das cotas também deve ser efetivado, nos moldes da Instrução 391.

Para fins de resgate das cotas dos fundos, as regras devem ser as mais claras possíveis e toda a informação deve ser disponibilizada aos cotistas. Sabe-se que, mesmo sendo as cotas consideradas valores mobiliários destinados apenas aos investidores qualificados, poderão surgir diversos óbices operacionais resultantes de dúvidas que alcançam, por vezes, até mesmo os “qualificados” para a realização dos negócios por parte do fundo.

É absolutamente indubitável que os fundos de investimento são, hoje, uma nova modalidade de valor mobiliário, posto que inseridos no rol do artigo 2º da Lei 6.385/76. Os títulos e ações que compõem a carteira do fundo continuam estruturalmente os mesmos, mas funcionalmente passaram a trafegar por vias bem mais largas – como já tivemos a ampla oportunidade de asseverar em outros artigos de natureza acadêmica –, servindo de ativos subjacentes de outros valores mobiliários, que são as cotas propriamente ditas, lançados em parâmetros diversos e sem prazo ou com prazos mais dilatados.

Vale lembrar, adicionalmente, que as cotas dos FIPs também podem ser emitidas e colocadas com esforços restritos com fulcro na Instrução 476, já descortinada anteriormente, desde que direcionadas à venda em mercados regulamentados. Veja-se, a propósito, o artigo 26 da Instrução 391:

“Art. 26. Cotas de FIP somente podem ser negociadas em mercados regulamentados:

I – quando distribuídas publicamente por meio de oferta registrada na CVM;

II – quando distribuídas com esforços restritos, observadas as restrições da norma específica; ou

III – quando as cotas já estejam admitidas à negociação em mercados regulamentados.

§ 1º. Podem, ainda, ser negociadas em mercados regulamentados, as cotas emitidas pelos FIP que não se enquadrem nas hipóteses dos incisos I a III do caput, desde que sejam previamente submetidas a registro de negociação, mediante apresentação de prospecto, nos termos da regulamentação aplicável.

§ 2º. Para fins de aplicação do inciso III do caput, somente podem ser negociadas cotas cujas classes já estejam admitidas à negociação, no caso do Fundo:

I – que obtenha apoio financeiro de organismos de fomento;

II – cujo regulamento atribua distintos direitos políticos especiais; ou

III – cujo regulamento atribua distintos direitos econômico-financeiros, exclusivamente quanto à fixação de taxas de administração e performance, e respectivas bases de cálculo.

§ 3º. Cabe aos intermediários assegurar que a aquisição de cotas somente seja feita por investidores qualificados” (Artigo com redação dada pela Instrução CVM 498, de 13 de junho de 2011 – grifou-se).

O espírito do legislador, ao enquadrar as cotas de fundos de investimento como valor mobiliário no artigo 2º da Lei 6.385/76, parece indicar que esses títulos nascem em razão de uma composição de carteira que possua outros valores mobiliários, tais como: ações, o direito de subscrição de uma ação, debêntures, bônus etc.

III. Da proteção para as negociações com os valores mobiliários emitidos com fulcro na Instrução 476

Consoante as regras da Instrução 476, somente os *investidores qualificados* podem adquirir tais valores mobiliários. Transcreva-se, a propósito, o art. 2º da referida Instrução:

“Art. 2º As ofertas públicas distribuídas com esforços restritos deverão ser destinadas exclusivamente a investidores qualificados e intermediadas por integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários.

Parágrafo único. Não será permitida a busca de investidores através de lojas, escritórios ou estabelecimentos abertos ao público, ou com a utilização de serviços públicos de comunicação, como a imprensa, o rádio, a televisão e páginas abertas ao público na rede mundial de computadores.”

No que diz respeito à redação desse artigo 2º, cumpre destacar que, a nosso sentir, a qualificação de um título como valor mobiliário *não* depende do mercado onde ele é negociado e, muito menos, da mera circunstância de ele ser ofertado publicamente.

Ao contrário, conforme já nos pronunciamos anteriormente⁶, os requisitos necessários à consideração de um título ou contrato de investimento qualquer ser considerado um valor mobiliário, de acordo com o *ordenamento*⁷ jurídico brasileiro, são: a) emissão em massa (tendo em vista a coletividade de investidores); b) fungibilidade (possibilidade de substituição por outros títulos de mesma espécie, quantidade e qualidade); c) negociabilidade (seja no mercado de valores mobiliários ou fora deles); d) caráter de investimento que gere direito de participação, parceria ou remuneração; e) intuito lucrativo; f) existência de interesse comum por parte dos investidores no sucesso do investimento; g) presença do “aleatório” – figura do risco; e h) direitos e deveres oriundos da relação jurídica não se materializando, necessariamente, com a emissão de título “cartular”, podendo os valores mobiliários ser incorpóreos ou intangíveis⁸.

Diante do recente fenômeno da desmaterialização dos títulos, como já afirmado por outros doutrinadores, este deve ser definido a partir da sua capacidade de “dar identidade ou adjetivar uma coisa, um fato ou uma pessoa, de rotulá-los”⁹.

Com efeito, a emissão de títulos corresponde à sua distribuição, ao seu lançamento a um público determinado ou indeterminado e que pressupõe a sua criação¹⁰. Trata-se a emissão, portanto, de ato posterior à criação (feitura e formalização do título) que se caracteriza pelo lançamento do título em

circulação. A despeito de ser este o sentido técnico-jurídico da expressão, ou seja, de a emissão de títulos significar a sua distribuição aos subscritores (do latim *emissio*, de *emittere*, ou seja, mandar para fora, produzir, lançar), confere-se à emissão na deliberação um sentido lato, de modo a abranger a oferta, ou seja, a proposta que a emissora faz a um público. No caso em tela, para a colocação ser feita conforme os moldes da Instrução CVM 476, os títulos podem ser oferecidos pelo intermediário financeiro para até 50 possíveis compradores investidores qualificados, porém somente 20 investidores qualificados poderão subscrevê-los.

Vale lembrar mais uma vez, neste passo, a diferenciação entre emissão pública e privada, a despeito de não ter a legislação pátria fixado de forma precisa a distinção entre ambas as modalidades. Com efeito, limitou-se ela a estabelecer parâmetros, de caráter exemplificativo, para a caracterização da emissão pública. Sendo assim, será considerada emissão privada, de forma residual, toda aquela que não se enquadre nos moldes utilizados para a caracterização de uma emissão de caráter público. Nesse contexto, à evidência, importa analisar quais seriam os parâmetros ou moldes de uma emissão pública.

É o § 3º do art. 19 da Lei 6.385/76 a regra indispensável a fornecer os primeiros subsídios à caracterização de uma emissão pública, estabelecendo como critério de sua identificação a observância dos procedimentos descritos na seguinte sequência: a) utilização de listas ou boletins de subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público; b) procura de subscritores ou adquirentes para os títulos, por meio de empregados, agentes ou corretores; e c) negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público, com a utilização dos serviços públicos de comunicação.

Conforme já nos manifestamos anteriormente, o art. 3º da IN 400 da CVM, por sua vez, remenda parte do art. 19 da Lei 6.385/76, complementando-o, de molde a fixar as seguintes diretrizes alternativas ou cumulativas para a aferição de uma emissão pública: a) utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios, destinados ao público, por qualquer meio ou forma; b) procura, no todo ou em parte, de subscritores ou adquirentes indeterminados para os valores mobiliários, mesmo que realizada por comunicações padronizadas endereçadas a destinatários individualmente identificados, por meio de empregados, representantes, agentes ou quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, integrantes ou não do sistema de distribuição de valores mobiliários, ou, ainda, se em desconformidade com o previsto na instrução, a consulta sobre a viabilidade da oferta ou a coleta de intenções

de investimento perante subscritores ou adquirentes indeterminados; c) negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público, destinada, no todo ou em parte, a subscritores ou adquirentes indeterminados (como ocorre no caso em exame); ou d) utilização de publicidade, oral ou escrita, cartas, anúncios, avisos, especialmente via meios de comunicação de massa ou eletrônicos (páginas ou documentos na rede mundial ou outras redes abertas de computadores e correio eletrônico), entendendo-se como tal qualquer forma de comunicação dirigida ao público em geral com o fim de promover, diretamente ou por intermédio de terceiros que atuem por conta do ofertante ou da emissora, a subscrição ou alienação de valores mobiliários. Note-se a regra de distribuição deste tipo de valor mobiliário conforme os ditames da Instrução CVM 476:

“Art. 3º. Nas ofertas públicas distribuídas com esforços restritos:

I – será permitida a procura de, no máximo, 75 (setenta e cinco) investidores qualificados; e

II – os valores mobiliários ofertados deverão ser subscritos ou adquiridos por, no máximo, 20 (vinte) investidores qualificados.

Parágrafo único. Fundos de investimento cujas decisões de investimento sejam tomadas pelo mesmo gestor serão considerados como um único investidor para os fins dos limites previstos neste artigo.”

Nos moldes do artigo 3º da Instrução em comento, os esforços de colocação *devem ser restritos*, isto é, tais esforços que servem de paradigma para subsumir a oferta em pública ou em oferta privada na Instrução 476 são “*restringidos*”. Todavia, esses critérios, de caráter objetivo, não são os únicos fatores determinantes para a classificação de uma emissão como pública ou privada, sendo necessário analisar outros dois elementos de natureza subjetiva, consistentes na pessoa do “ofertante-emissor” (companhia emissora e outras entidades autorizadas pela CVM) e nos destinatários da oferta¹¹.

O último elemento subjetivo a ser examinado para saber se uma emissão tem caráter público ou privado e, conseqüentemente, se estaria sujeita a regras mais rigorosas da CVM, no sentido de proteger os investidores, é o destinatário da oferta ou da proposta de subscrição. No caso em exame, somente investidores qualificados estão autorizados a comprar esses valores mobiliários/instrumentos de dívida.

A qualificação de um título como valor mobiliário não depende do mercado onde ele é negociado e, muito menos, da mera circunstância de ele ser ofertado publicamente

A oferta com fulcro na Instrução 476 consiste, portanto, numa oferta destinada a um público específico, e este fato, por si só, segundo nosso sentir, teria o propósito de conferir maior segurança jurídica aos credores e aos demais participantes de um plano de recuperação judicial para emissões de companhias em recuperação judicial.

Relembre-se, ademais, que, para a caracterização dessa indeterminação dos destinatários não pode haver nenhum vínculo entre a companhia emissora e os destinatários da oferta. Tal vínculo já estaria configurado, exemplificativamente, naquela situação em que se exigisse que a subscrição fosse integralmente realizada por acionistas da emissora, sendo certo que isso pode acontecer por meio dos planos de recuperação judicial destinados a viabilizar a recuperação por intermédio de emissões de valores mobiliários.

O fato de tais valores mobiliários (emitidos com fulcro na Instrução 476) serem objeto de oferta somente para investidores qualificados não retira o caráter público de tal emissão. É certo que o público destinatário é restrito em virtude de algumas exigências para que se considere um investidor como sendo qualificado. Mas o fato de uma emissão ser destinada exclusivamente a investidores qualificados não desnatura a circunstância de que a oferta continua sendo feita a uma generalidade de pessoas, indeterminadas, as quais deverão ter, no entanto, algumas qualificações predeterminadas. Uma vez apresentadas tais qualificações, poderão os investidores adquirir os títulos, independentemente de quem sejam eles.

Concluindo este raciocínio, pode-se afirmar que, uma vez presentes os elementos subjetivos e objetivos acima mencionados, a emissão será considerada necessariamente pública. Diante da ausência de algum deles, ao revés, a emissão será tida por privada ou particular típica, *private placement*, que não se confunde com a emissão com fulcro na Instrução 476, a qual é pública, conforme visto, porém com esforços restritos.

Assinale-se que a emissão privada, embora seja plenamente viável num processo de recuperação judicial, revela-se, na prática, um tanto difícil, já que achar tomadores de antemão para títulos emitidos por empresa em estado patológico não se afigura uma tarefa simples...

Nesse passo, cumpre ainda frisar que os incisos do artigo 3º da Instrução 476 sugerem ao intérprete que será realizado um processo de *bookbuilding* para, no máximo, cinquenta investidores qualificados; porém, somente vinte poderão adquirir estes valores mobiliários – títulos de dívida, conforme já esclarecido em linhas anteriores¹².

Chama a atenção, entretanto – a merecer comentário adicional – que os fundos de investimento cujas decisões de investimento sejam tomadas pelo mesmo gestor *serão considerados como um único investidor*, para os fins dos limites previstos na lei.

Sobreleva assinalar, destarte, que um único gestor de fundos de investimento pode ter, sob sua gestão, vários fundos. Mais de mil carteiras de fundos de investimentos, sob um mesmo comando, exemplificativamente, não terão o condão de multiplicar a condição do seu gestor. Este será considerado um único investidor. Há que se ponderar, contudo, que, ao integrar esses títulos de dívida – valores mobiliários às carteiras de fundos sob a sua gestão –, estará tal gestor repassando o risco desses mesmos papéis para os milhares de cotistas, os quais poderão ser *não qualificados*. Fundos de pensão, por força da regulamentação existente, têm limites para adquirir esse tipo de quotas de fundos que montam suas carteiras com fulcro na Instrução 476.

Veja-se, a propósito, o art. 15 dessa Instrução:

“Art. 15. Os valores mobiliários ofertados nos termos desta Instrução só poderão ser negociados entre investidores qualificados.

Parágrafo único. A restrição à negociação prevista no caput deixará de ser aplicável caso o emissor tenha ou venha a obter o registro de que trata o art. 21 da Lei nº 6.385, de 1976, e apresente prospecto à CVM, nos termos da regulamentação aplicável...”

III.1. Investidores com qualificação especial

Veja-se que o artigo 15, supramencionado, nos remete ao inciso IV da Instrução 409 no que concerne ao conceito de investidor qualificado e, portanto, condensa as regras de qualificações para os efeitos da Instrução 476, determinando, até mesmo, um valor mínimo de aquisição de R\$. 1.000.000,00 (um milhão de reais). Mas, neste passo, cumpre concluir o raciocínio acerca dos fundos de investimento.

O inciso I não deixa dúvida de que os valores mobiliários – títulos de dívida, que poderão ser emitidos também por sociedades limitadas – ou quaisquer outros tipos societários em regime de recuperação judicial ou até mesmo as empresas falidas, independentemente de seu tipo societário, terão o condão de integrar carteiras de fundos de investimentos para investidores não qualificados. Isto significa, portanto, a possibilidade de participação daqueles fundos que costumam até mesmo “sortear um bem: carro, televisão, etc., ao dia” e que, em decorrência de tal procedimento, acabam por atingir grande parte da população de investidores brasileiros, ignaros de que esse tipo

de aplicação financeira não se confunde, evidentemente, com aplicações em cadernetas de poupança e em outros instrumentos de renda fixa.

Relativamente às regras do procedimento de distribuição dos valores mobiliários – títulos de dívida, quadra referir, agora, as disposições constantes dos artigos 5º a 9º da Instrução 476, objeto das considerações seguintes.

“Art. 5º. Exceto nos casos expressamente previstos nesta Instrução, não se aplicam às ofertas públicas distribuídas com esforços restritos:

I – a Instrução CVM nº 400, de 29 de dezembro de 2003; e

II – demais normas da CVM relativas ao procedimento de distribuição de valores mobiliários específicos.”

Verifica-se, por esse artigo 5º, que a oferta pública com esforços *restritos não será registrada pela CVM*. Tal clareza de propósitos acha-se também descortinada no artigo 6º, *in verbis*:

“Art. 6º. As ofertas públicas distribuídas com esforços restritos estão automaticamente dispensadas do registro de distribuição de que trata o caput do art. 19 da Lei nº 6.385, de 1976.”

Assim, o artigo 6º corrobora o artigo 5º, deixando estreme de dúvidas que a subsunção da emissão pública à regra dos esforços restritos da Instrução 476 tem força jurídica para conceder a dispensa de registro pela CVM que, até a edição da instrução em causa, era conferida casuisticamente.

Veja-se que, caso o emissor se utilize da regra de colocação com esforços restritos e esteja em recuperação judicial, o plano deve estar alinhado com as regras ora reproduzidas, respeitando-se, necessariamente, os prazos entre uma oferta e outra.

IV. Das negociações com os valores mobiliários emitidos com fulcro na Instrução 476/2009

Veja-se, inicialmente, a regra imposta pelo artigo 13 da Instrução sob exame:

“Art. 13. Os valores mobiliários ofertados de acordo com esta Instrução somente poderão ser negociados nos mercados regulamentados de valores mobiliários depois de decorridos 90 (noventa) dias de sua subscrição ou aquisição pelo investidor.”

Esse dispositivo – conhecido no jargão do mercado como “cláusula de *lock up*” – determina, na verdade, um período em que o título deve permanecer “encarteirado”, isto é, não poderá ser alienado, devendo permanecer dentro da carteira de investimentos do primeiro adquirente.

As regras desse “lock up” prosseguem nos artigos seguintes, a saber:

“Art. 14. Observado o período de vedação à negociação previsto no art. 13, os valores mobiliários ofertados de acordo com esta Instrução poderão ser negociados nos mercados de balcão organizado e não-organizado, mas não em bolsa, sem que o emissor possua o registro de que trata o art. 21 da Lei nº 6.385, de 1976.

Parágrafo único. Caso os valores mobiliários ofertados sejam cotas de fundos de investimento, sua negociação nos mercados de balcão organizado e não-organizado só será admitida se o fundo estiver registrado para funcionamento na CVM.

Art. 15. Os valores mobiliários ofertados nos termos desta Instrução só poderão ser negociados entre investidores qualificados.”

A transmissibilidade do valor mobiliário emitido com fulcro na Instrução 476, como se pôde depreender dos artigos supratranscritos, é mais bem controlada e, a nosso sentir, esse controle tende a facilitar as emissões, colocações oriundas de deliberações em planos de recuperação judicial ou até mesmo em processos falimentares. Ainda assim a proteção ao investidor se faz necessária.

V. Do regime da informação para os emissores em situação especial – em recuperação judicial, falência, ou liquidação extrajudicial

Com o propósito de tentar caminhar em direção às linhas derradeiras deste singelo artigo, cumpre pinçar, agora, o capítulo da Instrução CVM 480, que cuida das informações a serem prestadas por emissores considerados pela CVM como emissores em situação especial. Tal regime de informação acha-se inserido na seção III, subseção I, da instrução em tela, pois a proteção ao investidor-consumidor neste caso deveria ser mais contundente. Veja-se que existe um regime jurídico da informação para que investidores possam experimentar algum tipo de proteção, mas, a nosso sentir, ainda é insuficiente. Eis a regra:

“Seção III

Emissores em Situação Especial

Subseção I – Emissores em Recuperação Extrajudicial

Art. 35. O emissor em recuperação extrajudicial deve enviar à CVM, por meio de sistema eletrônico disponível na página da CVM na rede mundial de computadores, relatórios de cumprimento do cronograma de pagamentos

e demais obrigações estabelecidas no plano de recuperação extrajudicial, em periodicidade não superior a 90 (noventa) dias.

Subseção II – Emissores em Recuperação Judicial

Art. 36. O emissor em recuperação judicial é dispensado de entregar o formulário de referência até a entrega em juízo do relatório circunstanciado ao final do processo de recuperação.

Art. 37. O emissor em recuperação judicial deve enviar à CVM, por meio de sistema eletrônico disponível na página da CVM na rede mundial de computadores:

I – as contas demonstrativas mensais, acompanhadas do relatório do administrador judicial, no mesmo dia de sua apresentação ao juízo;

II – plano de recuperação, no mesmo dia da apresentação ao juízo;

III – decretação de falência no curso do processo, no mesmo dia da ciência; e

IV – relatório circunstanciado apresentado pelo administrador judicial ao final da recuperação, no mesmo dia de sua apresentação ao juízo.”

Para a companhia em recuperação judicial, existe a dispensa da CVM da entrega do formulário de referência até que a companhia seja egressa da situação de recuperação em que se encontrava.

Cumpra, na sequência, observar as regras existentes para as companhias que já se encontram em regime falimentar:

“Subseção III – Emissores em Falência

Art. 38. O emissor em falência é dispensado de prestar informações periódicas.

Art. 39. O emissor em falência deve enviar à CVM por meio de sistema eletrônico disponível na página da CVM na rede mundial de computadores:

I – relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no mesmo dia de seu protocolo em juízo;

II – contas demonstrativas da administração, no mesmo dia de seu protocolo em juízo;

III – quaisquer outras informações contábeis apresentadas ao juiz no processo de falência, no mesmo dia de seu protocolo em juízo;

IV – contas apresentadas, ao final do processo de falência, no mesmo dia de seu protocolo em juízo;

V – relatório final sobre o processo de falência, no mesmo dia de seu protocolo em juízo; e

VI – sentença de encerramento do processo de falência, no mesmo dia que dela tomar ciência.”

Note-se que a companhia falida fica dispensada de prestar as informações periódicas, diferentemente da companhia em recuperação judicial, pois esta última fica dispensada tão só da apresentação do formulário de referência.

Idêntica dispensa das informações periódicas existe para as instituições financeiras em regime de liquidação, previsto na Lei 6.024/74, consoante se depreende da leitura das disposições abaixo, a saber:

“Subseção IV – Emissores em Liquidação

Art. 40. O emissor em liquidação é dispensado de prestar informações periódicas.

Art. 41. O emissor em liquidação deve enviar à CVM por meio de sistema eletrônico disponível na página da CVM na rede mundial de computadores:

I – ato de nomeação, destituição ou substituição do liquidante, no mesmo dia:

a) da sua ciência pelo emissor, no caso de liquidação de instituição financeira ou liquidação judicial; ou

b) de sua aprovação pelos órgãos de administração do emissor, no caso de liquidação extrajudicial.

II – quadro geral de credores elaborado pelo liquidante;

III – quadro geral de credores definitivo, no mesmo dia de sua ciência pelo emissor, no caso de liquidação de instituição financeira ou liquidação judicial;

IV – relatório e balanço final da liquidação, com prestação de contas do liquidante;

V – quaisquer outros relatórios, pareceres e informações contábeis elaborados sob a responsabilidade do liquidante; e

VI – ato de encerramento da liquidação, no mesmo dia da sua ciência pelo emissor ou de sua aprovação pelos órgãos de administração do emissor.

Parágrafo único. Os documentos mencionados nos incisos II, IV e V do caput devem ser apresentados no mesmo dia de:

a) sua apresentação à autoridade administrativa reguladora, no caso de liquidação de instituição financeira;

b) sua apresentação aos órgãos de administração do emissor, no caso de liquidação extrajudicial; ou

c) seu protocolo em juízo, no caso de liquidação judicial.”

De acordo com as regras do artigo 44 da Instrução CVM 480, o emissor deve atribuir a um diretor estatutário a função de relações com investidores. Ainda que esse emissor esteja registrado na categoria B (categoria que não pode emitir ações) e esteja em franco processo de recuperação judicial, deve

Os direitos do consumidor deveriam ser estendidos aos investidores dos mercados financeiros e de capitais

o diretor designado para manter relações com investidores diligenciar no sentido de bem atender as regras constantes das instruções da CVM.

Escusava salientar que esse diretor pode exercer outras funções executivas e que o representante legal dos emissores estrangeiros é equiparado ao diretor de relações com investidores para todos os fins previstos na legislação e regulamentação do mercado de valores mobiliários.

Lembre-se, a propósito, consoante o disposto no § 3º do artigo 44 da Instrução 480 em estudo, que: sempre que um emissor em situação especial tiver seus administradores substituídos por um liquidante, administrador judicial, gestor judicial, interventor ou figura semelhante, essa pessoa será *equiparada* ao diretor de relações com investidores para todos os fins previstos na legislação e regulamentação do mercado de valores mobiliários.

O diretor de relações com investidores é responsável pela prestação de todas as informações exigidas pela legislação e regulamentação do mercado de valores mobiliários e, frise-se, para os emissores em situação especial exercem esta função o liquidante, administrador judicial, gestor judicial, interventor ou figura semelhante.

Importa destacar, ainda, que a responsabilidade atribuída ao diretor de relações com investidores não afasta eventual responsabilidade do emissor, do controlador e de outros administradores do emissor por eventual violação das normas legais e regulamentares que regem o mercado de valores mobiliários.

VI. Conclusão

Sob a inolvidável consideração biangular dos institutos jurídicos, inculpada pelo gênio de Norberto Bobbio – *estrutura técnica*, de um lado, e *função econômica*, de outro – é que o emissor em situação especial (em recuperação judicial, falência ou liquidação) deve pensar e repensar como valer-se da emissão de um valor mobiliário. Impõe-se-lhe identificar, com cuidado, a que fins esse valor mobiliário efetivamente se destina, lembrando-se de que os valores mobiliários, *in casu*, devem ter por escopo básico captar poupança para injetar na sociedade emissora para, a seu turno, investir na companhia em recuperação, falida ou em liquidação. Esse mesmo escopo deve estar presente, também, quer quando for a própria recuperanda, falida ou liquidanda que emite diretamente, quer quando a emissão ocorre por intermédio de uma EPE – Entidade de Propósito Específico, por um FIP – Fundo de Investimento em Participações etc.

Para que a captação de poupança ocorra de maneira transparente e segura, alguns direitos do consumidor devem ser aplicados aos direitos do investidor atualmente existentes, seja por força da regulação da CVM – Comissão de Valores Mobiliários, seja por força de leis esparsas. Os direitos do consumidor deveriam ser estendidos aos investidores dos mercados financeiros e de capitais não somente no campo da informação, a qual é sempre necessária para a tomada de decisão de investimento seguro, mas, a nosso ver, deveria haver a possibilidade de direito de arrependimento e direito de devolução do ativo, valor mobiliário em determinadas hipóteses, sobretudo quando houvesse algum vício na emissão, ou seja, na gênese do valor mobiliário ou durante a sua colocação: erro, dolo coação, simulação ou fraude.

Notas

¹ A autora esclarece que quaisquer opiniões ou conclusões aqui externadas são de sua inteira responsabilidade, não refletindo o entendimento quer da instituição CVM, quer da AGU.

² Cf. *Securitização de Recebíveis Mercantis*, tese de doutorado da autora publicada em 2010 pela Quartier Latin. SP. Brasil.

³ Insiste o professor Newton De Lucca, festejado jurista brasileiro, na inadequação do termo *jurisdição*, no caso, por ser privativo do Judiciário o poder de *dizer o direito*. Apesar de tão respeitáveis considerações de nosso querido e eterno mestre, no entanto, a utilização da expressão no texto principal justifica-se pelo fato de ela constar no próprio texto legal.

⁴ Vide, a propósito, o cuidadoso e bem fundamentado voto do diretor Marcos Pinto no processo CVM n. RJ2007/11.593, *Registro Col. n. 5730/07*, que deu origem à decisão referida no texto principal. Disponível o inteiro teor no *site*: <http://www.cvm.gov.br>

⁵ Foi a partir do rumoroso caso da empresa Encol, em que milhares de famílias foram gravemente prejudicadas pelo desvio de recursos que deveriam ser destinados às obras dos adquirentes de imóveis, por parte da ação irresponsável dos acionistas controladores daquela empresa incorporadora, que o Governo brasileiro editou a referida Medida Provisória, estabelecendo a necessidade de criação de um patrimônio de afetação para maior garantia dos adquirentes de unidades habitacionais.

⁶ Cf. DE LUCCA, Newton e NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronha. *A Oferta Pública de Aquisição de Ações*, in *Direito Societário: gestão e controle*, Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença (coords.), São Paulo: Saraiva (série GVlaw), 2008.

⁷ Não obstante as judiciosas considerações do professor Newton De Lucca a respeito de constituir a palavra *ordenamento* um italianismo, a ela preferindo o vocábulo *ordenação*, tanto a partir de comentário do gramático Napoleão Mendes de Almeida como pela circunstância de que não tivemos *Ordenamentos* manuelinos, afonsinos e filipinos e sim *Ordenações* manuelinas, afonsinas e filipinas, vamos manter a palavra *ordenamento* no presente texto tendo em vista seu uso recorrente pela maioria da doutrina nacional. Veja-se, a título de curiosidade, a argumentação utilizada pelo

referido professor (*Da ética geral à ética empresarial*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 234, nota de rodapé n. 1), *in verbis*: “Contra a quase unanimidade da doutrina nacional, venho me utilizando, invariavelmente, da palavra ordenação jurídica, de todo preferível, a meu ver, à palavra ordenamento jurídico. Com efeito, ela parece mais consentânea com o idioma português, não havendo razão para o emprego do italianismo, conforme já destacado pela autorizada voz do gramático Napoleão Mendes de Almeida. Afinal de contas, nós tivemos as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas e não ordenamentos afonsinos, manuelinos e filipinos...”

⁸ Sobre o conceito de valores mobiliários, sempre recomendamos as lições cf. CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *O conceito de valor mobiliário nos direitos brasileiro e norte-americano*. Disponível em: <<http://www.obcl.com.br>>. Acesso em: 4 jan. 2005. BULGARELLI, Waldírio. *Títulos de crédito*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002; EIZIRIK, Nelson. Os valores mobiliários na nova lei das S/A. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 124, p. 72-79, out./dez. 2001. MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. O conceito de valor mobiliário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 59, p. 30-55, jul./set. 1985. PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Os valores mobiliários na Lei das S/A. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 107, p. 123-128, jul./set. 1997. Por seu caráter absolutamente pioneiro, entre nós, vejamos as considerações do professor Newton De Lucca, logo após a edição da Lei 6.385/76, em sua dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob o título “Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito”, posteriormente publicada pela Livraria Editora Pioneira, São Paulo, 1979.

⁹ MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito*: de acordo com o novo código civil, Lei n. 10.406, de 10-2-2002, p. 23.

¹⁰ Como bem observa Nelson Eizirik: “Inicialmente, críticas têm sido feitas doutrinariamente ao emprego da expressão ‘emissão pública’, uma vez que a emissão designaria apenas o ato de criação dos valores mobiliários. Assim, não existiria a ‘emissão pública’, mas sim a *oferta pública*. Há, porém, autores que aceitam o uso da expressão no sentido técnico-legal, por significar a emissão pública a *distribuição* dos títulos aos subscritores. Nessa linha, entende-se que a palavra ‘emissão’ (do latim *emissione*), ato de produzir e mandar para fora, lançar, expelir) designa o lançamento dos títulos e a sua introdução no mercado” (EIZIRIK, Nelson. Caracterização jurídica da emissão pública de valores mobiliários. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 83, p. 56, jul./set. 1991).

¹¹ EIZIRIK, Nelson. Emissão de debêntures *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 101, p. 43-4, jan./mar. 1996.

¹² Afirmamos, com efeito, que, conforme os moldes da instrução CVM 476, os títulos podem ser oferecidos pelo intermediário financeiro para até *50 possíveis compradores investidores qualificados, porém somente 20 investidores qualificados poderão subscrevê-los*.

Referências

- COMPARATO, Fábio Konder. In: “Direito Empresarial”, *A reforma da empresa*, São Paulo: Saraiva.
- SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. In: *Direito, economia e mercados*, Editora Campus, 2006.
- BLACK, Bernard. “*The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets*”, *University of California Law Review*, 48 (2001).
- DE LUCCA, Newton. *Direito & Internet*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. *Da ética geral à ética empresarial*. 1a. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, tomo LII.
- NAJJARIAN NORONHA, Ilene Patrícia. *Securitização de recebíveis mercantis*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.
- BALBI, Giovanni. In: *Rivista delle Società*, Giuffrè, Milão, jan./abril de 1964.
- LANCELLOTTI, Renata. In: *Governança corporativa na recuperação judicial*, 2010, Editora Campus Jurídico.

PARECER

DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU

PROPOSTA DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AOS CONTRATOS DE CRÉDITO PARA IMÓVEIS DE HABITAÇÃO

[COM(2011) 142 FINAL – 2011/0062 (COD)]
(2011/C 318/22)

RELATORA: REINE-CLAUDE MADER

EXCERTOS

“O CESE considera que as medidas que visam assegurar a concessão de crédito de forma responsável não são, só por si, suficientes para sanear o mercado e contribuir para prevenir o sobreendividamento”

“A crise financeira actual revelou os disfuncionamentos decorrentes das deficiências dos mercados e da regulamentação, para além do contexto económico, das práticas dos intermediários de crédito e dos mutuantes e do fraco nível de cultura financeira dos mutuários, devendo todas estas deficiências ser evitadas no futuro, pois podem conduzir a uma perda considerável de confiança no sector financeiro”

“O Comité considera que a criação e a organização de autoridades dotadas de poderes de controlo e a colaboração entre as mesmas são necessárias e tanto mais importantes face aos problemas constatados durante a crise”

“O CESE tem reservas quanto à extensão dos poderes delegados conferidos à Comissão Europeia em aspectos essenciais do instrumento legislativo, assim como quanto às suas repercussões para a segurança jurídica do sistema a criar”

Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação

[COM(2011) 142 final – 2011/0062 (COD)]
(2011/C 318/22)

Relatora: **Reine-Claude MADER**

O Conselho, em 18 de Abril de 2011, e o Parlamento Europeu, em 10 de Maio de 2011, decidiram, nos termos do artigo 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, consultar o Comité Económico e Social Europeu sobre a

Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação

COM(2011) 142 final – 2011/0062 (COD).

Foi incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos a Secção Especializada do Mercado Único, Produção e Consumo, que emitiu parecer em 23 de Junho de 2011.

Na 473.ª reunião plenária, de 13 e 14 de Julho de 2011 (sessão de 14 de Julho), o Comité adoptou, por 113 votos a favor, 4 votos contra e 7 abstenções, o seguinte parecer:

1. Conclusões e recomendações

1.1 O Comité Económico e Social Europeu acolhe com interesse, mas também com reservas, a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação. A crise financeira que levou à falência inúmeros mutuários, obrigados a vender a preços irrisórios os imóveis que tinham adquirido, demonstrou a necessidade de legislação europeia adequada neste domínio.

1.2 O CESE apoia o objectivo da Comissão de criar as condições necessárias para o desenvolvimento de um mercado único eficiente e competitivo, com vista a restaurar a confiança dos consumidores e a promover a estabilidade financeira, mas teme que o teor da proposta não seja suficiente para alcançar este desiderato.

1.3 O Comité salienta a importância de assegurar a coerência entre os textos existentes, nomeadamente com o da Directiva 2008/48/CE⁽¹⁾ relativa a contratos de crédito aos consumidores.

1.4 O Comité entende que, pelo seu teor, a proposta deveria ter como base jurídica o artigo 169º do Tratado, e não o artigo 114º.

1.5 Recorda que a harmonização das regras ao nível da UE deve salvaguardar um elevado grau de protecção dos consumidores, o que implica que os direitos dos consumidores que beneficiam de um direito nacional protector não devem ser postos em causa. Considera que a harmonização, para corresponder a esse objectivo, deve ser adequadamente direccionada.

1.6 O CESE apoia as disposições que melhoram a comparabilidade, nomeadamente as que permitem uma harmonização das definições e do cálculo da taxa anual de encargos efectiva global (TAEG).

1.7 O CESE considera que as medidas que visam assegurar a concessão de crédito de forma responsável não são, só por si, suficientes para sanear o mercado e contribuir para prevenir o sobreendividamento.

1.8 O CESE considera primordial o enquadramento dos intermediários do crédito, que corresponde ao pedido formulado no parecer sobre a proposta de directiva em matéria de crédito aos consumidores, face aos muitos problemas com estes ramos profissionais. Este enquadramento deveria ser objecto de uma regulamentação de carácter geral e não se limitar exclusivamente ao objecto restrito da proposta.

1.9 Entende igualmente que a proposta não contribui para a realização do mercado interno no domínio do crédito hipotecário em geral e lamenta que neste domínio não tenha sido considerada a utilização de um instrumento opcional.

1.10 O CESE sugere que algumas disposições sejam mais pormenorizadas ou completadas, de forma a reforçar a informação do consumidor sobre as taxas variáveis. Com efeito, os consumidores conhecem mal os índices de referência e têm dificuldade em avaliar o impacto da variação das taxas no montante dos reembolsos. Em seu entender, as taxas de usura devem ser proibidas e devem ser impostos limites máximos às taxas para o financiamento da residência principal, devendo a variação das taxas de juro basear-se exclusivamente em indicadores objectivos, fiáveis, públicos e exteriores ao mutuário.

1.11 O CESE recomenda que os mutuários possam optar pelo seguro que garante o seu empréstimo, promovendo assim uma melhor concorrência entre os fornecedores de crédito.

2. Contexto e observações na generalidade

2.1 Em 18 de Dezembro de 2007, a Comissão adoptou um Livro Branco sobre a integração dos mercados de crédito hipotecário da UE. A consulta então levada a cabo abrangiu um público muito vasto e permitiu à Comissão constatar que a divergência entre as legislações em vigor em matéria de crédito hipotecário prejudica o bom funcionamento do mercado único, aumenta os custos e lesa os consumidores.

2.2 O Comité Económico e Social Europeu adoptou, em 9 de Julho de 2008, um parecer sobre o *Livro Branco sobre a integração dos mercados de crédito hipotecário da UE* ⁽²⁾. Embora céptico quanto à possibilidade real de integrar e harmonizar o mercado do crédito, dadas as especificidades culturais, jurídicas e ético-sociais dos diferentes Estados-Membros, o Comité acolheu favoravelmente a relação estabelecida entre a regulamentação em vigor na matéria e a necessidade de proteger o consumidor. Insistiu igualmente na responsabilidade dos mutuantes e dos mutuários, que devem estar conscientes do alcance dos seus compromissos.

2.3 A crise financeira actual revelou os disfuncionamentos decorrentes das deficiências dos mercados e da regulamentação, para além do contexto económico, das práticas dos intermediários de crédito e dos mutuantes e do fraco nível de cultura financeira dos mutuários, devendo todas estas deficiências ser evitadas no futuro, pois podem conduzir a uma perda considerável de confiança no sector financeiro.

2.4 A proposta de directiva em análise tem em conta os resultados das consultas e dos trabalhos desenvolvidos pela OCDE e pelo Banco Mundial.

2.5 É seu objectivo garantir um elevado grau de protecção dos consumidores, num quadro harmonizado à escala da União Europeia, através de uma aproximação entre as legislações dos Estados-Membros. Por essa razão, e atendendo ao seu teor, o Comité entende que a base jurídica da proposta deveria ser o artigo 169º do Tratado, e não exclusivamente o artigo 114º.

2.6 A proposta visa criar um mercado único eficiente e concorrencial, no respeito dos direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, recuperar a confiança dos consumidores e promover a estabilidade financeira.

2.7 Pretende garantir os direitos dos consumidores na aceção da Directiva 2008/48/CE relativa a contratos de crédito aos consumidores, deixando simultaneamente aos Estados-Membros a possibilidade de a alargarem a outras categorias profissionais, nomeadamente as microempresas.

2.8 Aplica-se aos créditos destinados a financiar a aquisição ou a renovação de um bem imóvel não abrangidos pela Directiva 2008/48/CE, quer sejam ou não garantidos por hipoteca ou outra garantia semelhante.

2.9 A proposta de directiva cumpre o princípio da harmonização direccionada, situando-se ao mesmo tempo a um nível suficientemente elevado para ter em conta as diferenças entre as legislações em vigor e a diversidade dos mercados hipotecários na União.

2.10 Embora consciente da importância do sector da construção na economia, o Comité considera, no entanto, que a directiva não aproveitou devidamente a experiência com a crise financeira, cujas origens se encontram no mercado americano do crédito hipotecário. A prática muito pouco saudável dos créditos concedidos a 100 % e mais do valor dos imóveis encorajou os consumidores à aquisição, incluindo os que dispunham de baixos rendimentos. Num período de expansão, é possível fazer face a compromissos substanciais; bastou a economia chegar a uma fase de estagnação, ou mesmo de recessão, para que o desemprego levasse a um incumprimento generalizado do pagamento desses mesmos compromissos. A colocação à venda de uma quantidade elevada de imóveis provocou a queda dos preços e perdas enormes para as instituições financeiras. Assim, na raiz da crise esteve o sobreendividamento dos mutuários, fenómeno que deve absolutamente ser evitado. O Comité formula as suas propostas nos comentários que se seguem.

3. Propostas da directiva

3.1 *Capítulo 1: Objecto, âmbito de aplicação, definições e autoridades competentes*

3.1.1 O artigo 3º da proposta de directiva apresenta uma definição dos termos mais importantes, em consonância com o procedimento seguido na Directiva relativa ao crédito ao consumo. Neste contexto, o Comité solicita que o termo «uso residencial» seja definido com clareza de modo a saber se visa unicamente a residência principal.

3.1.2 O CESE aprova esta disposição, que tem por objectivo assegurar a compreensão desses termos e a comparabilidade entre as diferentes propostas.

3.1.3 O Comité considera que a criação e a organização de autoridades dotadas de poderes de controlo e a colaboração entre as mesmas são necessárias e tanto mais importantes face aos problemas constatados durante a crise.

3.2 *Capítulo 2: Condições aplicáveis aos mutuantes e intermediários de crédito*

3.2.1 Os artigos 5º e 6º impõem exigências em matéria de honestidade, lealdade e competência dos mutuantes ou dos intermediários de crédito ao serviço dos consumidores. Cometem, em parte, aos Estados-Membros o exercício do controlo do respeito dessas exigências, reservando-se a Comissão o direito de determinar o nível de conhecimento e competência exigidos.

3.2.2 Além disso, a proposta de directiva exorta os Estados-Membros a zelarem por que a remuneração dos vendedores não seja discriminatória em função dos produtos vendidos.

3.2.3 **O CESE é favorável a estas medidas, dado que é primordial dispor de informação de qualidade quando da subscrição de um crédito hipotecário. Considera que a remuneração do pessoal dos organismos mutuantes e dos intermediários de crédito não deve levar à promoção de créditos menos adaptados às necessidades dos consumidores.** O CESE alerta, no entanto, para a utilização de conceitos vagos, indefinidos e subjectivos sujeitos a interpretações divergentes num texto legal que define obrigações estritas.

3.2.4 **Estes dois artigos não realçam a distinção fundamental a fazer entre os mutuantes e os intermediários: o pessoal dos mutuantes é remunerado, em princípio, por um salário, enquanto o dos intermediários recebe à comissão. São de esperar comportamentos conformes à ética profissional quando a remuneração é «neutra», o que dificilmente acontecerá se o benefício depende de soluções mais lucrativas para o pessoal do vendedor, e ainda mais para os intermediários. Isto requer que todas as pessoas que contactam com os vendedores, independentemente da sua função, recebam formação adequada, devendo o pessoal dos intermediários possuir habilitações oficiais que atestem a sua competência e, sobretudo, regulamentem o seu comportamento.**

3.2.5 **Outra diferença fundamental: em caso de litígio, o consumidor pode reclamar junto do mutuante, uma instituição financeira em princípio sólida e solvente; no caso de um intermediário, a responsabilidade é muitas vezes pessoal e a solvabilidade nem sempre está garantida. Mais uma razão para adoptar uma regulamentação muito mais rigorosa do que a actual.**

3.3 *Capítulo 3: Informação e práticas anteriores à celebração do contrato de crédito*

3.3.1 Nos termos da Directiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno ⁽³⁾, a publicidade deve ser leal, clara e não enganosa.

3.3.2 Qualquer publicidade quantificada deve incluir um certo número de referências indispensáveis para que o consumidor que pretende subscrever um contrato de crédito hipotecário possa analisá-lo. Essas informações devem ser fornecidas de forma clara, concisa e legível, seja qual for o suporte.

3.3.3 O artigo 9º impõe as condições relativas à informação pré-contratual a dois níveis: enumera as informações gerais que devem ser comunicadas e remete para a Ficha Europeia de Informação Normalizada (FEIN) para a prestação de informações personalizadas. O CESE não considera admissível a presunção legal estabelecida no artigo 9º, nº 2, terceiro parágrafo, segundo a qual a mera entrega da FEIN equivale à prestação das informações.

3.3.4 O artigo 10º completa as informações que devem ser fornecidas aos consumidores sobre as qualidades e as condições de exercício do intermediário de crédito em causa.

3.3.5 O CESE toma nota dessas obrigações de informação, que considera deverem ser reforçadas no que respeita às implicações dos empréstimos concedidos com taxa variável. Deve ser prestada informação específica por escrito.

3.3.6 O CESE interroga-se sobre a redacção utilizada relativamente à obrigação de subscrição de um seguro para garantir o empréstimo, que dá a entender que o mesmo deve ser obrigatoriamente subscrito junto do mutuante. **Recomenda que os consumidores tenham a possibilidade de escolher a sua seguradora, garantindo assim a concorrência entre as companhias de seguros.**

3.3.7 O Comité entende que o enquadramento das actividades dos intermediários é primordial e considera que deve ser acrescentado o princípio da proibição de cobrar, seja de que forma for, qualquer montante (provisão, despesas de recolha de informações, constituição do dossiê, etc.) antes do pagamento efectivo dos fundos emprestados.

3.3.8 **Uma última consideração que o Comité considera de importância fundamental: as informações fornecidas ao consumidor devem também levá-lo a reflectir atentamente sobre a sua futura capacidade de reembolso. Como é óbvio, nem sempre podemos esperar tal comportamento; assim, é necessário que o mutuante adopte uma política responsável e que volte a aplicar sistematicamente a prática em tempos fixada por lei em vários Estados-Membros de não conceder um montante de crédito superior a 70 % ou 80 % do valor do imóvel. Esta regra tinha um importante papel prudencial, dado que visava evitar as atitudes imprudentes das instituições financeiras. A crise dos empréstimos hipotecários de alto risco (*subprime*) demonstrou que essa prudência tinha fundamento. Convirá reflectir sobre a reintrodução desta regra, sem prejuízo de cláusulas mais flexíveis para as habitações de tipo social, relativamente às quais existem facilidades financeiras na maioria dos Estados-Membros.**

3.3.9 **A prática da limitação do capital financiado teria uma dupla vantagem. Por um lado, desencorajaria as pessoas não solventes de comprarem e de ficarem sobreendividadas. Por outro lado, daria ao mutuante a garantia da seriedade do mutuário, já que este demonstraria a sua capacidade de poupança.** Em suma, a medida preconizada pelo CESE baseia-se no princípio fundamental de **empréstimos responsáveis para mutuários responsáveis.**

3.4 *Capítulo 4: Taxa anual de encargos efectiva global (TAEG)*

3.4.1 O CESE congratula-se com a harmonização do método de cálculo da taxa anual de encargos efectiva global (TAEG). Esta fórmula deve englobar todos os custos do crédito, excluindo as despesas, de que o mutuário pode ser devedor em caso de não execução das suas obrigações, permitindo assim a comparabilidade das propostas entre os diversos Estados-Membros.

3.4.2 A informação dos mutuários sobre as variações prevista no artigo 13º é muito importante, uma vez que só muito excepcionalmente estão a par das alterações das taxas de referência.

3.5 Capítulo 5: Verificação da solvabilidade

3.5.1 A verificação da solvabilidade dos consumidores à data da celebração do contrato de crédito e em caso de aumento do montante total do crédito é indispensável. Importa que os consumidores saibam que, se não puderem pagar, perderão o seu bem, que será objecto de hasta pública em condições de mercado que podem ser péssimas.

3.5.2 Contudo, essa obrigação não deve conduzir a afastar certas categorias de consumidores do crédito ou a orientá-los abusivamente para este ou aquele tipo de crédito. Assim, a obrigação de fundamentar as recusas é essencial, tal como a possibilidade de solicitar a reapreciação do pedido quando a recusa é feita por processo automatizado. A avaliação objectiva da solvabilidade do mutuário visa prevenir o sobreendividamento. Em caso de incumprimento, deverá ser o mutuante a assumir a responsabilidade se a sua decisão se tiver baseado numa avaliação incorrecta da solvabilidade do mutuário. Os custos da concessão irresponsável de crédito deverão ser suportados pelo mutuante.

3.5.3 O CESE reitera o seu empenho muito particular no crédito responsável, que exige o respeito de regras rigorosas por parte do mutuante e do mutuário, que deve fornecer dados fiáveis sobre a sua situação.

3.6 Capítulo 6: Acesso a bases de dados

3.6.1 A proposta de directiva impõe aos Estados-Membros que assegurem a todos os mutuantes o acesso às bases de dados utilizadas para verificar a solvabilidade dos mutuários e o respeito das suas obrigações.

3.6.2 Esses registos públicos ou privados deverão ser estabelecidos segundo critérios uniformes, que a Comissão se abstém de definir, e no respeito das disposições da Directiva 95/46/CE ⁽⁴⁾ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

3.6.3 O CESE defende mais uma vez que a recolha de dados deve limitar-se exclusivamente aos contratos de financiamento, que os direitos dos consumidores devem ser respeitados e que as informações contidas nessas bases de dados não devem ser usadas para fins comerciais.

3.7 Capítulo 7: Aconselhamento

3.7.1 O CESE considera que a adopção de normas em matéria de aconselhamento não deve pôr em causa a obrigação de aconselhamento referida no capítulo 5, que visa garantir que as propostas apresentadas ao consumidor são as mais adequadas.

3.7.2 Por outro lado, o desenvolvimento de serviços que poderiam considerar-se acessórios não deve conduzir ao aumento do custo do crédito.

3.8 Capítulo 8: Reembolso antecipado

3.8.1 A proposta de directiva permite sujeitar o direito de reembolso antecipado do crédito a determinadas condições, prevendo, nomeadamente, a possibilidade de uma compensação correcta.

3.8.2 Esta disposição é desfavorável aos consumidores relativamente ao direito em vigor em certos Estados-Membros onde a rescisão é sempre possível com compensações

limitadas, ou mesmo inexistentes, no caso de morte ou cessação forçada da actividade profissional.

3.8.3 O CESE, no seu parecer sobre a proposta de directiva em matéria de crédito aos consumidores, já se tinha insurgido contra a possibilidade de deixar aos Estados-Membros a definição das condições da compensação em caso de reembolso antecipado, o que pode gerar diferenças consideráveis no tratamento dos consumidores e distorções de mercado.

3.9 *Capítulo 9: Requisitos prudenciais e de supervisão*

3.9.1 A regulamentação da intervenção dos intermediários de crédito é prioritária, como tinha já frisado o CESE no seu parecer sobre a proposta de directiva em matéria de crédito aos consumidores. Deve permitir tornar mais homogéneo o nível de protecção dos consumidores na União Europeia.

3.9.2 As disposições constantes da proposta de directiva apontam, portanto, no sentido pretendido pelo Comité.

3.9.3 Instauram:

- uma obrigação de autorização por uma autoridade competente para os intermediários de crédito, sejam pessoas singulares ou colectivas, e condições de retirada da autorização;
- um registo único dos intermediários, que mencione obrigatoriamente o nome das pessoas responsáveis e das pessoas que actuam no regime independente de livre prestação de serviços.

Este registo deve ser mantido sistematicamente actualizado e ser facilmente consultável;

- exigências profissionais (idoneidade, obrigação de seguro de responsabilidade civil profissional). A transparência destes critérios deve ser garantida. A Comissão reserva-se o direito de estabelecer normas técnicas que definam o montante monetário mínimo do seguro.

3.9.4 A proposta de directiva estabelece também o princípio do reconhecimento mútuo das autorizações, o que permite aos intermediários exercerem a sua actividade em qualquer dos regimes de livre estabelecimento ou livre prestação, após terem informado as autoridades competentes do Estado-Membro de origem.

3.9.5 Estabelece igualmente o processo de informação das autoridades, no que respeita tanto à inscrição como à retirada da autorização e às condições de cooperação entre as autoridades competentes dos Estados de origem e de acolhimento.

3.9.6 O CESE entende, no entanto, que seria preferível que a Comissão regulasse de forma geral a intermediação de crédito em instrumento legislativo próprio, como o fez em relação aos intermediários de seguros.

3.10 *Capítulo 10: Disposições finais*

3.10.1 A proposta de directiva estabelece:

- o princípio da existência de sanções apropriadas a serem tomadas pelos Estados-Membros, em conformidade com os respectivos direitos nacionais, contra os mutuantes e os mutuários, numa simetria que podemos compreender mas que não pode fazer esquecer que estes últimos representam o elo mais fraco do contrato, pois dependem da informação que lhes é fornecida pelos mutuantes ou pelos intermediários;

– a obrigação de criar ou de aderir a mecanismos de resolução extrajudicial de litígios, uma opção no interesse dos mutuantes e dos mutuários, desde que esses dispositivos sejam independentes e não decorram exclusivamente de eventuais processos judiciais;

– o princípio da adopção de actos delegados pela Comissão. O Parlamento Europeu e o Conselho podem formular objecções a decisões tomadas pela Comissão. Podem, a qualquer momento, revogar a delegação.

3.10.2 O CESE tem reservas quanto à extensão dos poderes delegados conferidos à Comissão Europeia em aspectos essenciais do instrumento legislativo, assim como quanto às suas repercussões para a segurança jurídica do sistema a criar. Ademais, estes poderes delegados vão muito para além dos limites estabelecidos no artigo 290.º do Tratado e definidos na comunicação sobre a *Aplicação do artigo 290.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. A possibilidade de adoptar actos delegados deve ser limitada e aplicar-se apenas em circunstâncias excepcionais.

3.10.3 A proposta de directiva exorta os Estados-Membros a zelarem pela sua aplicação e a mostrarem-se vigilantes com vista a evitar quaisquer desvios.

3.10.4 O CESE toma nota das disposições da proposta de directiva e insiste em que esta não deve conduzir a uma redução do nível de protecção nos Estados-Membros já dotados de legislação sobre os contratos de crédito para imóveis de habitação.

3.10.5 Por fim, a proposta de directiva prevê um prazo de dois anos para a sua transposição e uma revisão cinco anos após a sua entrada em vigor, o que parece razoável; a análise do impacto das disposições da directiva permitirá avaliar a sua pertinência.

Bruxelas, 14 de Julho de 2011

O Presidente do Comité Económico e Social Europeu

Staffan NILSSON

ANEXO

ao parecer do Comité Económico e Social Europeu

As seguintes propostas de alteração foram rejeitadas, tendo recolhido, contudo, pelo menos um quarto dos sufrágios expressos (artigo 39º, nº 2, do Regimento):

Ponto 3.8.2

Alterar.

«3.8.2 No que se refere a e Esta disposição é desfavorável aos consumidores relativamente ao direito em vigor em certos Estados-Membros, importa encontrar um equilíbrio entre, por um lado, o direito e a possibilidade de impor uma comissão por reembolso antecipado e, por outro lado, o interesse do consumidor em poder rescindir o contrato em qualquer momento onde a rescisão é sempre possível com compensações limitadas, ou mesmo inexistentes, no caso de morte ou cessação forçada da actividade profissional.»

Resultado da votação

Votos a favor: 26

Votos contra: 61

Abstenções: 10

Ponto 3.10.4

Alterar.

«3.10.4 O CESE toma nota das disposições da proposta de directiva e insiste em que é necessário, neste domínio, tal como em relação ao crédito ao consumo normal, visar a máxima harmonização, sem prejuízo dos interesses legítimos e concretos dos consumidores esta não deve conduzir a uma redução do nível de protecção nos Estados-Membros já dotados de legislação sobre os contratos de crédito para imóveis de habitação.»

Resultado da votação

Votos a favor: 29

Votos contra: 76

Abstenções: 4

(1) JO L 133 de 22.5.2008, p. 66 – Parecer do CESE: JO C 234 de 30.9.2003, p. 1.

(2) JO C 27 de 3.2.2009, p. 18.

(3) JO L 149 de 11.6.2005, p. 22 – Parecer do CESE: JO C 108 de 30.4.2004, p. 81.

(4) JO L 281 de 23.11.1995, p. 31 – Parecer do CESE: JO C 159 de 17.6.1991, p. 38.

DIRETIVA 2014/17/UE
DO PARLAMENTO EUROPEU E
DO CONSELHO

DE 4 DE FEVEREIRO DE 2014

RELATIVA AOS CONTRATOS DE
CRÉDITO AOS CONSUMIDORES PARA
IMÓVEIS DE HABITAÇÃO E QUE
ALTERA AS DIRETIVAS 2008/48/CE
E 2013/36/UE E O
REGULAMENTO (UE) 1093/2010*

(TEXTO RELEVANTE PARA EFEITOS DO EEE)

EXCERDOS

“A crise financeira mostrou que o comportamento irresponsável de alguns participantes no mercado pode minar os alicerces do sistema financeiro, provocando desconfiança entre todas as partes, em especial nos consumidores, com consequências sociais e económicas potencialmente graves”

“A presente diretiva não deverá aplicar-se a certos contratos de crédito em que o mutuante faz um pagamento único, efetua pagamentos periódicos ou usa outras formas de reembolso do crédito em contrapartida de um montante proveniente da venda de um bem imóvel e cujo principal objetivo é facilitar o consumo, como os produtos de libertação de capital imobiliário (equity release) ou outros produtos especializados equiparáveis”

“Dada a natureza e as possíveis consequências para o consumidor de um contrato de crédito para um imóvel de habitação, o material publicitário e a informação pré-contratual personalizada deverão incluir advertências de risco específicas e adequadas, por exemplo quanto ao potencial impacto das flutuações da taxa de câmbio no montante que o consumidor tem de reembolsar e, se tal for considerado conveniente pelos Estados-Membros, quanto à natureza e às implicações da constituição de uma garantia”

“Dadas as características específicas dos contratos de crédito para imóveis de habitação, é prática corrente os mutuantes oferecerem aos consumidores um conjunto de produtos ou serviços que podem ser adquiridos juntamente com o contrato de crédito”

“Os Estados-Membros deverão, porém, continuar a acompanhar de perto os mercados de serviços financeiros a retalho para assegurar que as vendas associadas facultativas não distorcem a escolha do consumidor nem a concorrência no mercado”

DIRETIVA 2014/17/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO
de 4 de fevereiro de 2014 relativa aos
CONTRATOS DE CRÉDITO AOS CONSUMIDORES PARA IMÓVEIS DE
HABITAÇÃO E QUE ALTERA AS DIRETIVAS 2008/48/CE E 2013/36/UE E O
REGULAMENTO (UE) Nº 1093/2010
(Texto relevante para efeitos do EEE)

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,
Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 114º,

Tendo em conta a proposta da Comissão Europeia,
Após transmissão do projeto de ato legislativo aos parlamentos nacionais,
Tendo em conta o parecer do Banco Central Europeu ⁽¹⁾,
Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu ⁽²⁾,
Deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário ⁽³⁾,
Considerando o seguinte:

(1) Em março de 2003, a Comissão lançou um processo de identificação e avaliação do impacto dos obstáculos ao mercado interno no domínio dos contratos de crédito para imóveis de habitação. Em 18 de dezembro de 2007, adotou um Livro Branco sobre a integração dos mercados de crédito hipotecário da UE. No Livro Branco, a Comissão anunciava a intenção de proceder a uma avaliação do impacto das diferentes opções de ação política, nomeadamente no que respeita à informação pré-contratual, às bases de dados sobre o crédito, à solvabilidade, à taxa anual de encargos efetiva global (TAEG) e à consultoria sobre contratos de crédito. A Comissão criou um Grupo de Peritos do Historial Creditício para a ajudar a preparar medidas que melhorem a acessibilidade, a comparabilidade e o caráter exaustivo dos dados relativos ao crédito. Foram também lançados estudos sobre o papel e as operações dos intermediários de crédito e das instituições que, não sendo instituições de crédito, celebram contratos de crédito para imóveis de habitação.

(2) Nos termos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»), o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual são asseguradas a livre circulação de mercadorias e serviços e a liberdade de estabelecimento. O desenvolvimento de um mercado de crédito mais transparente e mais eficiente dentro desse espaço é vital para a promoção do desenvolvimento das atividades transfronteiriças e para a criação de um mercado interno de contratos de crédito para imóveis de habitação. Existem diferenças substanciais nas legislações dos vários Estados-Membros no que diz respeito às normas de conduta na concessão de contratos de crédito para imóveis de habitação e na regulação e supervisão dos intermediários de crédito e das instituições que, não sendo instituições de crédito, celebram contratos de crédito para imóveis de habitação. Essas diferenças criam obstáculos que restringem o volume da atividade transfronteiriça, tanto do lado da oferta como do lado da procura, reduzindo assim a concorrência e as opções de escolha disponíveis no mercado, aumentando o custo do crédito para os contraentes e podendo mesmo impedir que o negócio se realize.

(3) A crise financeira mostrou que o comportamento irresponsável de alguns participantes no mercado pode minar os alicerces do sistema financeiro, provocando desconfiança entre todas as partes, em especial nos consumidores, com consequências sociais e económicas potencialmente graves. Muitos consumidores perderam a confiança no setor financeiro e os mutuários têm cada vez mais dificuldade em reembolsar os seus empréstimos, daí resultando um aumento das situações de incumprimento e de venda coerciva do imóvel. Nesta conformidade, o G20 solicitou a colaboração do Conselho de Estabilidade Financeira para estabelecer princípios sobre normas idóneas em matéria de concessão de crédito para imóveis de habitação. Ainda que alguns dos maiores problemas associados à crise financeira tenham ocorrido no exterior da União, os níveis de dívida dos consumidores na União são significativos e concentram-se em grande parte em créditos para imóveis de habitação. Portanto, convém assegurar que o enquadramento regulamentar da União nesta área seja robusto e coerente com os princípios internacionais e utilize adequadamente o leque de instrumentos existentes, o que poderá incluir o recurso ao rácio entre o valor do empréstimo e o valor da garantia, ao rácio entre o valor do empréstimo e o rendimento, ao rácio entre o rendimento e o endividamento ou a outros rácios semelhantes, com níveis mínimos abaixo dos quais nenhum crédito seria considerado aceitável, ou outras medidas compensatórias para as situações em que os riscos subjacentes sejam maiores para os consumidores ou em que as referidas medidas sejam necessárias para prevenir o endividamento excessivo das famílias. Face aos problemas revelados pela crise financeira e tendo em vista garantir a existência de um mercado interno eficiente e competitivo que contribua para a estabilidade financeira, a Comissão, na sua comunicação de 4 de março de 2009 intitulada «Impulsionar a retoma europeia», propôs medidas relativas aos contratos de crédito para imóveis de habitação, nomeadamente um enquadramento fidedigno para a intermediação de crédito, na perspetiva da criação de mercados responsáveis e de confiança para o futuro e do restabelecimento da confiança dos consumidores. Na sua comunicação de 13 de abril de 2011 intitulada «Ato para o Mercado Único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua», a Comissão reafirmou o seu empenho num mercado interno eficiente e competitivo.

(4) Foram identificados vários problemas nos mercados de crédito hipotecário no interior da União relacionados com a concessão e a contração irresponsáveis de empréstimos e com os potenciais comportamentos irresponsáveis dos intervenientes no mercado, incluindo os intermediários de crédito e as instituições que não são instituições de crédito. Alguns desses problemas diziam respeito a créditos em moeda estrangeira, pelos quais os consumidores tinham optado para tirar vantagem das taxas devedoras oferecidas mas sem terem a informação ou compreensão adequadas do risco de taxa de câmbio inerente. Esses problemas são motivados por deficiências dos mercados e da regulamentação, bem como por outros fatores como a conjuntura económica geral e os baixos níveis de literacia financeira. Outros problemas prendem-se com a ineficácia, a incoerência ou a inexistência de regimes aplicáveis aos intermediários de crédito e às instituições que, não sendo instituições de crédito, concedem crédito para imóveis de habitação. Os problemas identificados têm repercussões potencialmente significativas a nível macroeconómico, podendo resultar em

prejuízos para os consumidores, constituir obstáculos económicos ou jurídicos à atividade transfronteiriça e criar condições de concorrência desiguais entre os diversos intervenientes.

(5) A fim de facilitar a criação de um mercado interno que funcione corretamente, com um nível elevado de proteção dos consumidores na área dos contratos de crédito para imóveis, e de assegurar que os consumidores que procuram esse tipo de contratos possam fazê-lo com a certeza de que as instituições que irão contactar agem de forma profissional e responsável, é necessário criar um enquadramento legal da União adequadamente harmonizado em várias áreas, que tenha em conta as diferenças existentes nos contratos de crédito, resultantes, nomeadamente, das diferenças existentes nos mercados nacionais e regionais de bens imóveis.

(6) Por conseguinte, a presente diretiva deverá desenvolver um mercado interno mais transparente, eficiente e competitivo, através de contratos de crédito para bens imóveis que sejam coerentes, flexíveis e equitativos, promovendo simultaneamente a concessão e contração de empréstimos de forma sustentável e a inclusão financeira, e proporcionando assim um nível elevado de proteção dos consumidores.

(7) A fim de criar um verdadeiro mercado interno com um nível elevado e equivalente de proteção dos consumidores, a presente diretiva contém disposições que são objeto de harmonização máxima no que respeita à prestação de informação pré-contratual através do formato normalizado da ficha de informação normalizada europeia (FINE) e ao cálculo da TAEG. Todavia, tendo em conta a especificidade dos contratos de crédito para bens imóveis e as diferenças na evolução do mercado e nas condições existentes nos Estados-Membros, especialmente no que diz respeito à estrutura do mercado e aos participantes no mercado, às categorias de produtos disponíveis e às formalidades inerentes ao processo de concessão de crédito, os Estados-Membros deverão ter a possibilidade de manter ou introduzir disposições mais restritivas do que as previstas na presente diretiva nos domínios que não estejam claramente identificados como objeto de harmonização máxima. Esta abordagem diferenciada é necessária para evitar prejudicar o nível de proteção dos consumidores relativamente aos contratos de crédito abrangidos pelo âmbito da presente diretiva. Os Estados-Membros deverão, por exemplo, ser autorizados a manter ou introduzir disposições mais restritivas no que diz respeito aos requisitos de conhecimentos e competências aplicáveis ao pessoal e às instruções de preenchimento da FINE.

(8) A presente diretiva deverá melhorar as condições de estabelecimento e funcionamento do mercado interno mediante a aproximação das legislações dos Estados-Membros e o estabelecimento de normas de qualidade para determinados serviços, nomeadamente no que se refere à comercialização e concessão de crédito através de mutuantes e intermediários de crédito e à promoção de boas práticas. A definição de normas de qualidade para os serviços de concessão de crédito envolve necessariamente a introdução de determinadas disposições respeitantes ao acesso às atividades, de supervisão e aos requisitos prudenciais.

(9) Nos domínios não abrangidos pela presente diretiva, os Estados-Membros são livres de manter ou introduzir disposições legais nacionais. Em particular, podem manter ou introduzir disposições nacionais em domínios como o direito dos contratos relativamente à

validade dos contratos de crédito, o direito de propriedade, o registo predial, a informação contratual e, na medida em que não sejam regidas pela presente diretiva, as questões posteriores à celebração do contrato. Os Estados-Membros podem dispor que o avaliador ou agência de avaliação ou o notário possam ser escolhidos por acordo das partes. Dadas as diferenças entre os procedimentos de compra e venda de imóveis de habitação nos diversos Estados-Membros, existe a possibilidade de os mutuantes ou os intermediários de crédito tentarem receber pagamentos antecipados dos consumidores – no pressuposto de que esses pagamentos poderão ajudar a garantir a celebração de um contrato de crédito ou a aquisição ou venda de um imóvel – e de essas práticas serem utilizadas de forma abusiva, nomeadamente quando os consumidores não estão familiarizados com os requisitos ou as práticas habituais num dado Estado-Membro. Convém, pois, autorizar os Estados-Membros a imporem restrições a tais pagamentos.

(10) A presente diretiva deverá aplicar-se independentemente de o mutuante ou o intermediário de crédito ser uma pessoa coletiva ou uma pessoa singular. Porém, a presente diretiva não deverá afetar o direito de os Estados-Membros restringirem, de acordo com o direito da União, o papel do mutuante ou do intermediário de crédito nela previsto a pessoas coletivas ou a determinados tipos de pessoa coletiva.

(11) Atendendo a que os consumidores e as empresas não estão na mesma posição, não necessitam do mesmo nível de proteção. Sendo embora importante garantir os direitos dos consumidores através de disposições que não possam ser derogadas por contrato, é razoável permitir que as empresas e organizações celebrem outros tipos de contrato.

(12) A definição de consumidor deverá abranger as pessoas singulares que ajam fora do âmbito da sua atividade comercial, empresarial ou profissional. No entanto, no caso dos contratos com dupla finalidade, em que o contrato é celebrado para fins parcialmente abrangidos pela atividade comercial, empresarial ou profissional da pessoa e parcialmente excluídos dessa atividade, e em que a finalidade comercial, empresarial ou profissional é de tal modo limitada que não é predominante no contexto global do contrato, essa pessoa deverá ser igualmente considerada consumidor.

(13) Embora a presente diretiva regule os contratos de crédito apenas ou predominantemente para imóveis de habitação, nada impede os Estados-Membros de tornarem extensivas a contratos de crédito para outros tipos de imóveis as medidas nela previstas para proteger os consumidores, ou de regularem esses contratos de qualquer outro modo.

(14) As definições constantes da presente diretiva determinam o âmbito da harmonização. Por conseguinte, as obrigações de transposição da presente diretiva por parte dos Estados-Membros deverão ser limitadas ao seu âmbito de aplicação determinado por aquelas definições. Por exemplo, as obrigações dos Estados-Membros quanto à transposição da presente diretiva estão limitadas aos contratos de crédito celebrados com consumidores, ou seja, com pessoas singulares que, nas transações abrangidas pela presente diretiva, ajam fora do âmbito da sua atividade comercial, empresarial ou profissional. Do mesmo modo, os Estados-Membros estão obrigados a transpor as disposições da presente diretiva

que regulam a atividade das pessoas que ajam na qualidade de intermediários de crédito na aceção constante desta diretiva. Todavia, a presente diretiva não deverá obstar a que os Estados-Membros apliquem, nos termos do direito da União, as disposições nela contidas a domínios não abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. Além disso, as definições constantes da presente diretiva não deverão obstar a que os Estados-Membros aprovelem, no direito nacional, subdefinições para efeitos específicos, desde que sejam conformes com as definições constantes da presente diretiva. A título de exemplo, os Estados-Membros deverão poder determinar, no direito nacional, subcategorias de intermediários de crédito que não estejam identificadas na presente diretiva, quando essas subcategorias forem necessárias a nível nacional para, por exemplo, diferenciar o nível de conhecimentos e exigências de competência a satisfazer pelos diferentes intermediários de crédito.

(15) O objetivo da presente diretiva é assegurar que os consumidores que celebrem contratos de crédito para bens imóveis beneficiem de um nível de proteção elevado. Tal objetivo deverá por conseguinte aplicar-se aos créditos garantidos por bens imóveis, independentemente da finalidade do crédito, aos contratos de refinanciamento e a outros contratos de crédito cuja finalidade seja permitir que um proprietário ou comproprietário mantenha direitos de propriedade sobre edifício ou terreno, e aos créditos que sejam utilizados para aquisição de um imóvel em determinados Estados-Membros, incluindo os créditos que não impliquem o reembolso do capital ou, a não ser que os Estados-Membros disponham de um quadro alternativo adequado, aos créditos cuja finalidade seja conceder um financiamento temporário entre a venda de um bem imóvel e a aquisição de outro e aos créditos garantidos para a realização de obras em imóveis de habitação.

(16) A presente diretiva não deverá aplicar-se a certos contratos de crédito em que o mutuante faz um pagamento único, efetua pagamentos periódicos ou usa outras formas de reembolso do crédito em contrapartida de um montante proveniente da venda de um bem imóvel e cujo principal objetivo é facilitar o consumo, como os produtos de libertação de capital imobiliário (*equity release*) ou outros produtos especializados equiparáveis. Esses contratos de crédito têm características específicas que ultrapassam o âmbito de aplicação da presente diretiva. A avaliação da solvabilidade do consumidor, por exemplo, é irrelevante, uma vez que os pagamentos são feitos pelo mutuante ao consumidor e não o contrário. Uma operação desse tipo exigiria, nomeadamente, uma informação pré-contratual substancialmente diferente. Além disso, existem outros produtos, tais como os contratos imobiliários de renda vitalícia (*home reversions*), cujas funções são comparáveis às das hipotecas inversas (*reverse mortgages*) ou das hipotecas vitalícias (*lifetime mortgages*), que não envolvem a concessão de crédito, pelo que não serão abrangidos pela presente diretiva.

(17) A presente diretiva não deverá abranger outros tipos de contratos de crédito de nicho expressamente enumerados, diferentes dos créditos hipotecários padronizados quanto à sua natureza e aos riscos envolvidos e que, por isso, exigem uma abordagem própria, designadamente contratos de crédito que resultam de transações judiciais ou concluídas perante outros tipos de autoridade pública, nem determinados tipos de contratos de crédito em que o crédito é concedido por um empregador aos seus empregados em determinadas

circunstâncias, como já prevê a Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores ⁽⁴⁾. Considera-se adequado autorizar os Estados-Membros a excluírem certos contratos de crédito, como os que são concedidos a um conjunto restrito de pessoas em condições vantajosas ou oferecidos por cooperativas de crédito, desde que existam mecanismos alternativos adequados para assegurar que os objetivos políticos no domínio da estabilidade financeira e do mercado interno sejam atingidos sem impedir a inclusão financeira e o acesso ao crédito. Os contratos de crédito para bens imóveis que não se destinem a habitação própria (casa, apartamento ou outro local de residência) do consumidor ou de um membro da sua família e que se destinem a habitação (casa, apartamento ou outro local de residência) para arrendamento têm riscos e características que os distinguem dos contratos de crédito padronizados, pelo que poderá ser necessário um enquadramento mais adaptado. Os Estados-Membros deverão, pois, ser autorizados a excluir esses contratos de crédito do âmbito da presente diretiva sempre que exista um enquadramento nacional adequado que se lhes aplique.

(18) Os contratos de crédito sem garantia associada cuja finalidade seja a realização de obras em imóveis de habitação e envolvam montantes superiores a 75 000 EUR deverão recair no âmbito de aplicação da Diretiva 2008/48/CE, a fim de assegurar a esses consumidores um nível de proteção equivalente e evitar qualquer lacuna de regulamentação entre aquela diretiva e a presente. A Diretiva 2008/48/CE deverá, por conseguinte, ser alterada nesse sentido.

(19) Por razões de segurança jurídica, o enquadramento legal da União no domínio dos contratos de crédito para imóveis de habitação deverá ser coerente com outros atos normativos da União e supletivo em relação aos mesmos, em particular nos domínios da proteção do consumidor e da supervisão prudencial. Algumas definições essenciais, nas quais se incluem as de «consumidor» e de «suporte duradouro», bem como os conceitos-chave utilizados na informação normalizada para designar as características financeiras do crédito, incluindo o «montante total imputado ao consumidor» e a «taxa devedora», deverão estar em consonância com as definições e conceitos utilizados na Diretiva 2008/48/CE, para que se utilize a mesma terminologia para o mesmo tipo de factos, independentemente de se tratar de um crédito aos consumidores ou de um crédito para um imóvel de habitação. Os Estados-Membros deverão por conseguinte assegurar, na transposição da presente diretiva, a coerência de aplicação e interpretação no que respeita a essas definições essenciais e a esses conceitos-chave.

(20) A fim de assegurar um enquadramento coerente para os consumidores no domínio do crédito, bem como de minimizar os encargos administrativos para os mutuantes e os intermediários de crédito, o núcleo da presente diretiva deverá seguir a estrutura da Diretiva 2008/48/CE, sempre que possível, nomeadamente a noção de que a informação incluída na publicidade dos contratos de crédito para imóveis de habitação deve ser prestada ao consumidor através de um exemplo representativo, de que lhe deve ser comunicada informação pré-contratual pormenorizada através de uma ficha de informação normalizada, de que o consumidor deve receber explicações adequadas antes de celebrar o contrato de

crédito, de que deve ser estabelecida uma base comum para o cálculo da TAEG excluindo os emolumentos notariais e de que os mutuantes devem verificar a solvabilidade do consumidor antes de concederem um crédito. Da mesma forma, deverá ser garantido um acesso não discriminatório dos mutuantes às bases de dados de crédito relevantes, a fim de assegurar condições equitativas relativamente ao disposto na Diretiva 2008/48/CE. Tal como acontece com a Diretiva 2008/48/CE, a presente diretiva deverá assegurar um processo de admissão adequado e a supervisão de todos os mutuantes que celebrem contratos de crédito para bens imóveis e estabelecer requisitos para a criação de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios e de garantia de acesso aos mesmos.

(21) A presente diretiva deverá complementar a Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores ⁽⁵⁾, que dispõe que nas vendas à distância os consumidores sejam informados da existência ou inexistência do direito de resolução e que prevê esse direito. Contudo, enquanto a Diretiva 2002/65/CE prevê a possibilidade de o fornecedor comunicar informação pré-contratual após a celebração do contrato, essa possibilidade seria inadequada nos contratos de crédito para imóveis de habitação, dada a importância do compromisso financeiro assumido pelo consumidor. A presente diretiva não deverá afetar as disposições gerais do direito dos contratos nacional, nomeadamente as regras relativas à validade, à formação ou aos efeitos dos contratos, na medida em que os aspetos gerais do direito dos contratos não são regulados na presente diretiva.

(22) Simultaneamente, é importante ter em conta as especificidades dos contratos de crédito para imóveis de habitação, que justificam uma abordagem diferenciada. Dada a natureza e as possíveis consequências para o consumidor de um contrato de crédito para um imóvel de habitação, o material publicitário e a informação pré-contratual personalizada deverão incluir advertências de risco específicas e adequadas, por exemplo quanto ao potencial impacto das flutuações da taxa de câmbio no montante que o consumidor tem de reembolsar e, se tal for considerado conveniente pelos Estados-Membros, quanto à natureza e às implicações da constituição de uma garantia. À semelhança do que é já prática corrente do setor em relação aos créditos à habitação, para além da informação pré-contratual personalizada deverá ser sempre disponibilizada informação pré-contratual de carácter geral. Além disso, justifica-se uma abordagem diferenciada para ter em conta os ensinamentos da crise financeira e assegurar que a concessão de créditos assenta em bases sólidas. A este respeito, as disposições relativas à avaliação da solvabilidade deverão ser reforçadas por comparação com o crédito ao consumo, os intermediários de crédito deverão passar a prestar informações mais precisas quanto ao seu estatuto e à sua relação com os mutuantes, a fim de revelar potenciais conflitos de interesse, e todos os intervenientes na celebração de contratos de crédito para bens imóveis deverão ser submetidos à devida autorização e supervisão.

(23) É necessário regulamentar algumas áreas adicionais para refletir a especificidade dos créditos para imóveis de habitação. Dada a importância da transação, é necessário assegurar que os consumidores disponham de um prazo suficiente de, pelo menos, sete dias, para ponderarem as suas implicações. Os Estados-Membros deverão poder dispor que

esse prazo constitui um período de reflexão antes da celebração do contrato de crédito, um período para o exercício do direito de resolução após a celebração do contrato ou uma conjugação de ambos. Convém que os Estados-Membros disponham de flexibilidade para fazer com que o período de reflexão, que não poderá exceder 10 dias, seja vinculativo para o consumidor, mas que, noutros casos, os consumidores que desejem contratar durante o período de reflexão o possam fazer e que, por uma questão de segurança jurídica das transações imobiliárias, os Estados-Membros tenham a possibilidade de dispor que o período de reflexão ou o direito de resolução caduquem caso o consumidor pratique qualquer ato que, nos termos da lei nacional, resulte na criação ou transmissão de um direito de propriedade associado ao contrato de crédito ou à utilização de fundos obtidos através desse contrato ou, se for o caso, transfira os fundos para um terceiro.

(24) Dadas as características específicas dos contratos de crédito para imóveis de habitação, é prática corrente os mutuantes oferecerem aos consumidores um conjunto de produtos ou serviços que podem ser adquiridos juntamente com o contrato de crédito. Por isso, dada a importância desses contratos para os consumidores, convém estabelecer regras específicas sobre as vendas associadas obrigatórias. Associar um contrato de crédito a um ou mais outros serviços ou produtos financeiros em pacotes constitui um meio de os mutuantes diversificarem a oferta e concorrerem uns com os outros, desde que as componentes do pacote também possam ser adquiridas separadamente. Embora a associação de contratos de crédito a um ou vários outros serviços ou produtos financeiros em pacotes possa beneficiar os consumidores, também poderá comprometer a mobilidade destes e a sua capacidade para fazerem escolhas informadas, a menos que as componentes do pacote possam ser adquiridas separadamente. É importante prevenir práticas como a associação obrigatória de determinados produtos suscetíveis de induzir os consumidores a celebrarem contratos de crédito que não acautelam os seus interesses, sem no entanto restringir as vendas associadas facultativas de produtos que possam ser vantajosas para os consumidores. Os Estados-Membros deverão, porém, continuar a acompanhar de perto os mercados de serviços financeiros a retalho para assegurar que as vendas associadas facultativas não distorcem a escolha do consumidor nem a concorrência no mercado.

(25) Regra geral, não deverão ser permitidas vendas associadas obrigatórias, a menos que o serviço ou produto financeiro oferecido juntamente com o contrato de crédito não possa ser oferecido separadamente por ser parte integrante do crédito, como por exemplo no caso dos descobertos com garantia. Noutros casos, contudo, poderá justificar-se que os mutuantes proponham ou contratualizem um contrato de crédito associado a um pacote com uma conta de pagamento, uma conta de poupança, um produto de investimento ou um produto de pensão, por exemplo caso o capital da conta seja utilizado para reembolsar o crédito ou constitua um requisito para juntar recursos no intuito de obter o crédito, ou nas situações em que, por exemplo, um produto de investimento ou um produto de pensão de carácter privado sirva de garantia adicional do crédito. Embora se justifique que os mutuantes possam exigir ao consumidor que disponha de uma apólice de seguro adequada para garantir o reembolso do crédito ou segurar o bem dado em garantia, o consumidor deverá ter a possibilidade de escolher a sua própria seguradora, desde que a sua apólice de

seguro tenha um nível de garantia equivalente ao da apólice de seguro proposta ou oferecida pelo mutuante. Além disso, os Estados-Membros podem normalizar, total ou parcialmente, a cobertura proporcionada pelos contratos de seguros, a fim de facilitar a comparação entre as várias ofertas pelos consumidores que o desejem fazer.

(26) É importante assegurar a correta avaliação do imóvel de habitação antes da celebração do contrato de crédito, nomeadamente, quando a avaliação afeta a obrigação residual do consumidor em caso de incumprimento. Os Estados-Membros deverão, pois, assegurar a existência de normas de avaliação fidedignas. Para serem consideradas fidedignas, as normas de avaliação deverão ter em conta as normas de avaliação reconhecidas internacionalmente, em particular as desenvolvidas pela Comissão Internacional de Normas de Avaliação, pelo Grupo Europeu de Associações de Avaliadores e pela *Royal Institution of Chartered Surveyors*. Estas normas de avaliação internacionalmente reconhecidas assentam em princípios de elevado nível que exigem que os mutuantes, designadamente, adotem processos adequados em matéria de gestão interna dos riscos e de gestão de garantias e adiram a esses processos – que incluem métodos de avaliação sólidos – adotem normas e métodos de avaliação conducentes a avaliações realistas e fundamentadas dos imóveis, por forma a assegurar que todos os relatórios de avaliação sejam elaborados com o cuidado e a diligência profissionais adequados e que os avaliadores satisfaçam determinados requisitos de qualificação, e mantenham documentação adequada sobre a avaliação das garantias que seja completa e razoável. A este respeito é desejável também assegurar um controlo adequado dos mercados de imóveis de habitação e a consonância dos mecanismos previstos nessas disposições com a Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das empresas de investimento ⁽⁶⁾. Às disposições da presente diretiva relativas a normas de avaliação de imóveis pode ser dado cumprimento, por exemplo, através de legislação ou autorregulação.

(27) Dadas as importantes consequências que a execução da hipoteca tem para os mutuantes, os consumidores e eventualmente para a estabilidade financeira, convém incentivar os mutuantes a tratarem de forma proativa o risco de crédito emergente logo de início e instituir as medidas necessárias para assegurar que os mutuantes ajam com razoável tolerância e envidem diligências razoáveis para resolver a situação por outros meios antes de intentarem um processo de execução hipotecária. Sempre que possível, deverão ser encontradas soluções que tenham em conta as circunstâncias concretas e as necessidades razoáveis para as despesas de subsistência do consumidor. Caso após o processo de execução subsista uma dívida por saldar, os Estados-Membros deverão assegurar a proteção de condições mínimas de subsistência e instituir medidas que facilitem o reembolso evitando simultaneamente o sobreendividamento de longa duração. Pelo menos quando o preço obtido pelo imóvel afetar o montante devido pelo consumidor, os Estados-Membros deverão incentivar os mutuantes a empreenderem diligências razoáveis para obterem pelo imóvel objeto de execução o melhor preço possível no contexto das condições de mercado. Os Estados-Membros não deverão impedir as partes num contrato de crédito de acordarem expressamente que a transmissão do bem dado em garantia para o mutuante é suficiente para reembolsar o crédito.

(28) Os intermediários exercem frequentemente outras atividades para além da mera intermediação de crédito, nomeadamente a mediação de seguros ou a prestação de serviços de investimento. A presente diretiva deverá também, por conseguinte, garantir a coerência com a Diretiva 2002/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de dezembro de 2002, relativa à mediação de seguros ⁽⁷⁾, e com a Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros ⁽⁸⁾. Em particular, as instituições de crédito autorizadas nos termos da Diretiva 2013/36/UE e outras instituições financeiras sujeitas a regimes de admissão equivalentes nos termos da lei nacional não deverão precisar de admissão de forma separada para exercerem a atividade de intermediário de crédito, a fim de simplificar o estabelecimento e as operações transfronteiriças dos intermediários de crédito. A responsabilidade total e incondicional dos mutuantes e dos intermediários de crédito pelas atividades dos intermediários de crédito vinculados e dos representantes nomeados deverá ser extensiva apenas às atividades abrangidas pela presente diretiva, a menos que os Estados-Membros optem por torná-la extensiva a outros domínios.

(29) A fim de aumentar a capacidade dos consumidores para tomarem decisões com conhecimento de causa sobre contração responsável de créditos e gestão responsável da dívida, os Estados-Membros deverão promover medidas destinadas a apoiar a formação dos consumidores nessa matéria, em particular no domínio dos contratos de crédito hipotecário. É particularmente importante dar orientações aos consumidores que contratam um crédito hipotecário pela primeira vez. A este respeito, a Comissão deverá identificar exemplos de boas práticas tendentes a facilitar a continuação do desenvolvimento de medidas destinadas a aumentar a sensibilidade dos consumidores para as questões financeiras.

(30) Devido aos riscos significativos associados à contração de créditos em moeda estrangeira, é necessário prever medidas destinadas a garantir que os consumidores tenham consciência do risco que assumem e tenham a possibilidade de limitar a exposição ao risco de taxa de câmbio durante a vigência do crédito. O risco poderá ser limitado quer dando ao consumidor o direito de converter a moeda do crédito, quer através de outros mecanismos como limites máximos ou, nos casos em que tal seja suficiente para limitar o risco de taxa de câmbio, advertências.

(31) O enquadramento legal aplicável deverá dar aos consumidores a confiança de que os mutuantes, os intermediários de crédito e os representantes nomeados têm em conta os interesses do consumidor, com base nas informações de que o mutuante, o intermediário de crédito e os representantes nomeados dispõem nesse momento e em previsões razoáveis sobre os riscos quanto à evolução da situação do consumidor ao longo da vigência do contrato de crédito proposto. Poderá também implicar, nomeadamente, que os mutuantes não comercializem o crédito de modo a que as comunicações comerciais prejudiquem ou possam prejudicar significativamente a capacidade do consumidor para analisar cuidadosamente a contração do crédito, ou que o mutuante não utilize a concessão do empréstimo como principal método de comunicação comercial ao comercializar mercadorias, serviços ou bens imóveis junto dos consumidores. Um aspeto essencial para garantir essa confiança dos

consumidores é a obrigação de assegurar um elevado nível de imparcialidade, honestidade e profissionalismo no setor, uma gestão adequada de conflitos de interesses, incluindo os que resultam da remuneração, e a obrigação de defender os interesses do consumidor na consultoria prestada.

(32) Deverá ser assegurado que os mutuantes, os intermediários de crédito e os representantes nomeados tenham ao seu serviço pessoal com um nível adequado de conhecimentos e de competências a fim de atingir um elevado grau de profissionalismo. A presente diretiva deverá, por conseguinte, exigir que, com base nos requisitos mínimos de conhecimentos e competências nela estabelecidos, os conhecimentos e as competências relevantes sejam comprovados a nível da empresa. Os Estados-Membros deverão ter a liberdade de introduzir ou manter requisitos desse tipo aplicáveis às pessoas singulares. Os Estados-Membros deverão poder autorizar os mutuantes, os intermediários de crédito e os representantes nomeados a estabelecerem uma diferenciação entre os níveis de requisitos mínimos de conhecimentos em função da participação na prestação de determinados serviços ou processos. Neste contexto, o pessoal inclui o pessoal subcontratado que esteja ao serviço do mutuante, do intermediário de crédito ou do representante nomeado, bem como os respetivos trabalhadores. Para efeitos da presente diretiva, o pessoal que exerça diretamente as atividades nela contempladas deverá incluir tanto o pessoal que desempenha funções executivas, como funções administrativas, incluindo a gestão, que tem um papel importante no processo dos contratos de crédito. As pessoas que desempenham funções de apoio não relacionadas com o processo dos contratos de crédito (por exemplo, o pessoal adstrito aos recursos humanos e às tecnologias da informação e das comunicações) não deverão ser consideradas pessoal para efeitos da presente diretiva.

(33) Caso o mutuante ou o intermediário de crédito preste serviços no território de outro Estado-Membro ao abrigo da liberdade de prestação de serviços, o Estado-Membro de origem deverá ser responsável pelo estabelecimento dos requisitos mínimos de conhecimentos e competências aplicáveis ao pessoal. Todavia, os Estados-Membros de acolhimento que o considerem necessário deverão ter a possibilidade de estabelecer os seus próprios requisitos de competência em certos domínios aplicáveis aos mutuantes e intermediários de crédito que prestem serviços no seu território ao abrigo da liberdade de prestação de serviços.

(34) Dada a importância de assegurar a aplicação e o cumprimento na prática dos requisitos de conhecimentos e competências, os Estados-Membros deverão exigir que as autoridades competentes supervisionem os mutuantes, os intermediários de crédito e os representantes nomeados e lhes deem poderes para obterem a comprovação de que necessitem para avaliarem o cumprimento de forma fidedigna.

(35) A forma como os mutuantes, os intermediários de crédito e os representantes nomeados remuneram o seu pessoal deverá constituir um dos aspetos-chave para garantir a confiança dos consumidores no setor financeiro. A presente diretiva estabelece as regras de remuneração do pessoal, com o objetivo de limitar práticas de venda inadequadas e de garantir que a forma de remuneração do pessoal não impede o cumprimento da obrigação de ter em conta os interesses dos consumidores. Em especial, os mutuantes, os intermediários de

crédito e os representantes nomeados não deverão conceber as suas políticas remuneratórias de modo a incentivar o seu pessoal a celebrar um determinado número ou tipo de contratos de crédito ou a propor determinados serviços acessórios aos consumidores sem atender expressamente aos interesses e às necessidades destes. Neste contexto, os Estados-Membros poderão considerar necessário decidir que determinada prática – por exemplo, a cobrança de comissões por parte dos intermediários vinculados – é contrária aos interesses dos consumidores. Os Estados-Membros deverão também poder dispor que a remuneração recebida pelo pessoal não depende da taxa ou do tipo de contrato de crédito celebrado com o consumidor.

(36) A presente diretiva prevê regras harmonizadas no que se refere aos domínios de conhecimentos e competências que o pessoal dos mutuantes, dos intermediários de crédito e dos representantes nomeados deverá possuir para a elaboração, a oferta, a concessão e a intermediação de contratos de crédito. A presente diretiva não prevê regras específicas diretamente relacionadas com o reconhecimento de qualificações profissionais obtidas por uma pessoa num Estado-Membro para satisfazer os requisitos de conhecimentos e competências noutro Estado-Membro. A Diretiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais ⁽⁹⁾, deverá por conseguinte continuar a reger as condições de reconhecimento e as medidas de compensação que os Estados-Membros de acolhimento podem exigir a uma pessoa cuja qualificação não tenha sido obtida sob a sua jurisdição.

(37) Os mutuantes e intermediários de crédito utilizam frequentemente anúncios publicitários, muitas vezes com termos e condições especiais, a fim de atrair os consumidores para determinado produto. Os consumidores deverão, por conseguinte, ser protegidos contra práticas publicitárias desleais ou enganosas e ter a possibilidade de comparar anúncios. Para que os consumidores possam comparar as diferentes ofertas, é necessário estabelecer disposições específicas sobre a publicidade de contratos de crédito e uma lista dos elementos a incluir nos anúncios e no material publicitário que lhes sejam dirigidos, quando tal publicidade especifique as taxas de juro ou os valores relativos ao custo do crédito. Os Estados-Membros deverão continuar a dispor da liberdade de introduzir ou manter na sua legislação nacional requisitos de informação relativamente à publicidade que não indique a taxa de juro ou não contenha valores relativos ao custo do crédito. Esses requisitos deverão ter em conta as especificidades dos contratos de crédito para imóveis de habitação. Em todo o caso, de acordo com a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno ⁽¹⁰⁾, haverá que assegurar que a publicidade dos contratos de crédito não dê uma imagem enganadora do produto.

(38) Muito embora a publicidade tenda a centrar-se num ou em vários produtos em particular, os consumidores deverão ter a possibilidade de tomar as suas decisões com pleno conhecimento de toda a gama de produtos de crédito oferecidos. Neste contexto, a informação de carácter geral desempenha um papel importante, informando o consumidor sobre a vasta gama de produtos e serviços oferecidos e sobre as principais características

dos mesmos. Por conseguinte, os consumidores deverão poder, em qualquer momento, aceder a informações de carácter geral sobre os produtos de crédito disponíveis. Mesmo que este requisito não se aplique aos intermediários de crédito não vinculados, tal não deverá obstar a que esses intermediários continuem a ter a obrigação de prestar aos consumidores informações pré-contratuais personalizadas.

(39) A fim de assegurar condições de concorrência equitativas e permitir que a decisão do consumidor se baseie nas características dos produtos de crédito oferecidos e não no canal de distribuição através do qual tem acesso a esses produtos de crédito, os consumidores deverão receber informação sobre o crédito independentemente de negociarem diretamente com o mutuante ou com um intermediário de crédito.

(40) Os consumidores deverão também receber informação personalizada em tempo útil antes da celebração do contrato de crédito para poderem comparar e ponderar as características dos produtos de crédito. Nos termos da Recomendação 2001/193/CE da Comissão, de 1 de março de 2001, relativa às informações a prestar pelos credores aos utilizadores antes da celebração de contratos de empréstimo à habitação ⁽¹¹⁾, a Comissão comprometeu-se a controlar a observância do código voluntário de conduta sobre as informações a prestar antes da celebração de contratos de empréstimo à habitação, do qual consta a FINE, que fornece informação, de forma personalizada a cada consumidor, sobre o contrato de crédito que é proposto. Os elementos desde então recolhidos pela Comissão evidenciaram a necessidade de rever o conteúdo e a apresentação da FINE, para garantir que a mesma é clara e inteligível e contém todas as informações consideradas relevantes para os consumidores. O conteúdo e a apresentação da FINE deverão integrar os melhoramentos necessários identificados durante os ensaios efetuados junto dos consumidores em todos os Estados-Membros. A estrutura da FINE, nomeadamente a ordem das rubricas de informação, deverá ser revista, a redação deverá ser mais simples e certas secções, como por exemplo a secção «Taxa nominal» e a secção «Taxa anual de encargos efetiva global», deverão ser agrupadas, devendo por outro lado ser acrescentadas novas secções, nomeadamente uma secção «Características flexíveis». Deverá ser facultado ao consumidor um quadro de amortização indicativo integrado na FINE se o crédito for de juros diferidos, se o reembolso do capital for diferido durante um período inicial ou se a taxa devedora for fixa para todo o período de vigência do contrato de crédito. Os Estados-Membros deverão poder dispor que o referido quadro de amortização indicativo não é obrigatório para outros contratos de crédito.

(41) Os estudos sobre consumo salientaram a importância da utilização de uma linguagem simples e clara nas informações prestadas aos consumidores, razão pela qual os termos utilizados na FINE não são necessariamente idênticos aos termos jurídicos definidos na presente diretiva embora tenham o mesmo significado.

(42) Os requisitos de informação sobre os contratos de crédito constantes da FINE não deverão prejudicar os requisitos de informação nacionais ou da União relativos a outros produtos ou serviços que possam ser propostos juntamente com o contrato de crédito, enquanto condição para a obtenção do contrato de crédito para bens imóveis, ou no intuito de obter um contrato a uma taxa devedora mais baixa, tais como seguros contra incêndio

ou seguros de vida, ou ainda produtos de investimento. Os Estados-Membros deverão ter a liberdade de manter a legislação nacional ou de introduzir novas disposições quando não existirem disposições harmonizadas, por exemplo requisitos de informação sobre o nível das taxas de usura na fase pré-contratual ou informações que possam ser úteis para efeitos de formação financeira ou de transação extrajudicial. Quaisquer informações adicionais deverão, todavia, ser dadas em documento separado, que poderá ser anexado à FINE. Os Estados-Membros deverão poder, nas respetivas línguas nacionais, utilizar um vocabulário diferente na FINE, sem alterar o seu teor nem a ordem pela qual são prestadas as informações, sempre que tal seja necessário para utilizar uma linguagem mais facilmente compreendida pelos consumidores.

(43) A fim de assegurar que a FINE forneça aos consumidores todas as informações relevantes para uma escolha informada, o mutuante deverá seguir as instruções constantes da presente diretiva ao proceder ao preenchimento da FINE. Os Estados-Membros deverão poder completar ou especificar melhor as instruções de preenchimento da FINE com base nas instruções constantes da presente diretiva. Por exemplo, os Estados-Membros deverão poder especificar melhor as informações a prestar para descrever o «tipo de taxa devedora» a fim de ter em conta as especificidades do mercado e dos produtos nacionais. Tais especificações não deverão, porém, ser contrárias às instruções constantes da presente diretiva nem implicar quaisquer alterações ao texto do modelo da FINE, que deverá ser reproduzido textualmente pelo mutuante. Os Estados-Membros deverão também poder acrescentar outras advertências sobre os contratos de crédito, adaptadas aos respetivos mercados e práticas nacionais, se tais advertências não estiverem já incluídas especificamente na FINE. Os Estados-Membros deverão poder dispor que o mutuante fique vinculado pelas informações prestadas na FINE, desde que tome a decisão de conceder o crédito.

(44) O consumidor deverá receber informações através da FINE sem demora injustificada a partir do momento em que tenha fornecido as informações necessárias quanto às suas necessidades, situação financeira e preferências, e em tempo útil antes de ficar vinculado por um contrato de crédito ou por uma proposta, de modo a poder comparar os produtos de crédito e refletir sobre as suas características, bem como a aconselhar-se com terceiros, se necessário. Em especial, qualquer proposta contratual que seja feita ao consumidor deverá ser acompanhada da FINE, a não ser que esta lhe tenha já sido entregue e que as características da proposta se coadunem com as informações anteriormente prestadas. Todavia, os Estados-Membros deverão poder dispor que a entrega da FINE é obrigatória tanto antes da apresentação de uma proposta contratual como juntamente com tal proposta, caso não tenha sido facultada anteriormente uma FINE com as mesmas informações. Embora a FINE deva ser personalizada e refletir as preferências expressas pelo consumidor, a prestação destas informações personalizadas não implica a obrigatoriedade de prestar consultoria. Os contratos de crédito só deverão ser celebrados se o consumidor tiver tido tempo suficiente para comparar as propostas contratuais, avaliar as suas implicações, aconselhar-se com terceiros, se necessário, e tomar uma decisão informada sobre a aceitação ou não da proposta contratual.

(45) Se o consumidor dispuser de um contrato de crédito com garantia associada para a compra de prédios urbanos ou rústicos e o período de vigência da garantia for mais longo do que a duração do contrato de crédito, e puder decidir reutilizar o capital reembolsado mediante a assinatura de um novo contrato de crédito, deverá ser-lhe disponibilizada uma nova FINE com a indicação da nova TAEG e das características específicas do novo contrato de crédito antes da assinatura deste último.

(46) Pelo menos no caso de não existir direito de resolução, o mutuante ou, se for caso disso, o intermediário de crédito ou o representante nomeado deverão facultar ao consumidor uma cópia da minuta de contrato de crédito no momento da apresentação de qualquer proposta que vincule o mutuante. Nos outros casos, deverá pelo menos ser dada ao consumidor uma cópia da minuta do contrato de crédito quando for feita uma proposta contratual.

Notas

* A íntegra desta lei encontra-se à disposição no site www.direitodoconsumo.com.

(1) JO C 240 de 18.8.2011, p. 3.

(2) JO C 318 de 29.10.2011, p. 133.

(3) Posição do Parlamento Europeu de 10 de dezembro de 2013 (ainda não publicada no Jornal Oficial) e decisão do Conselho de 28 de janeiro de 2014.

(4) JO L 133 de 22.5.2008, p. 66.

(5) JO L 271 de 9.10.2002, p. 16.

(6) JO L 176 de 27.6.2013, p. 338.

(7) JO L 9 de 15.1.2003, p. 3.

(8) JO L 145 de 30.4.2004, p. 1.

(9) JO L 255 de 30.9.2005, p. 22.

(10) JO L 149 de 11.6.2005, p. 22.

(11) JO L 69 de 10.3.2001, p. 25.

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Relator: Luiz Carlos Gomes da Mata

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Relator: José de Carvalho Barbosa

Ementário
Julgados do TJ/RS, do TJ/MG e do TJ/DF

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Acórdão 1 (11.12.2014)

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações existentes entre usuários e prestadoras de serviços de transporte”

“A companhia aérea responde por danos morais causados a passageiro pelos aborrecimentos, e frustração experimentados pela pessoa, devido o extravio de bagagem em viagem realizada ao exterior”

“Em relação à fixação da indenização decorrente do dano moral, entendo que, esta deve ser feita com o prudente arbítrio, de modo que não seja inexpressiva a ponto de estimular a repetição de fatos idênticos aos narrados nos autos, nem seja exorbitante ocasionando enriquecimento sem causa”

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Acórdão 2 (11.12.2014)

“A existência inequívoca de restrição creditícia por dívida não comprovada, por si só, configura dano moral indenizável”

“Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer. Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo (art. 333, CPC). Adotou o nosso CPC a concepção estática do ônus da prova, que é distribuído a priori, sem a observância das peculiaridades do caso concreto”

ACÓRDÃO 1

EXTRAVIO DE BAGAGEM ENSEJA O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E DANO MATERIAL

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **13 a. Câm. Cív.**

Relator: **Luiz Carlos Gomes da Mata**

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VIAGEM ÔNIBUS INTERMUNICIPAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. MALA ENTREGUE A TERCEIRO. DANO MATERIAL E MORAL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. – A empresa de ônibus responde por danos morais e materiais causados a passageiros, em decorrência do extravio de bagagem. – Inexistindo parâmetros legais para fixação do valor da verba indenizatória, fica a mesma ao inteiro arbítrio do juiz, que deve agir com moderação, prudência e razoabilidade. – O valor deve ser fixado de modo a não causar enriquecimento sem causa para o ofendido, nem estimular a repetição de tal ato pelo ofensor.

ACÓRDÃO: 1.0035.13.006411-2/001

ANO: 2013 DATA: 11/12/2014

ÓRGÃO JULGADOR: 13a. CÂM. CÍV.

DATA DE PUBLICAÇÃO: 19/12/2014

RELATOR: LUIZ CARLOS GOMES DA MATA

EMENTA:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VIAGEM ÔNIBUS INTERMUNICIPAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. MALA ENTREGUE A TERCEIRO. DANO

MATERIAL E MORAL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. – A empresa de ônibus responde por danos morais e materiais causados a passageiros, em decorrência do extravio de bagagem. – Inexistindo parâmetros legais para fixação do valor da verba indenizatória, fica a mesma ao inteiro arbítrio do juiz, que deve agir com moderação, prudência e razoabilidade. – O valor deve ser fixado de modo a não causar enriquecimento sem causa para o ofendido, nem estimular a repetição de tal ato pelo ofensor.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VIAGEM ÔNIBUS INTERMUNICIPAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. MALA ENTREGUE A TERCEIRO. DANO MATERIAL E MORAL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. – A empresa de ônibus responde por danos morais e materiais causados a passageiros, em decorrência do extravio de bagagem. – Inexistindo parâmetros legais para fixação do valor da verba indenizatória, fica a mesma ao inteiro arbítrio do juiz, que deve agir com moderação, prudência e razoabilidade. – O valor deve ser fixado de modo a não causar enriquecimento sem causa para o ofendido, nem estimular a repetição de tal ato pelo ofensor.

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, a unanimidade em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA

RELATOR.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA (RELATOR)

VOTO

Versa o presente embate sobre recurso de apelação interposto por EXPRESSO ARAGUARI LTDA., em razão da sentença proferida pelo ilustre Juiz de Direito da 3ª vara cível da Comarca de Araguari, Dr. Márcio José Tricote, que julgou procedente o pedido inicial, condenando a Apelante no pagamento da importância de R\$ 3.033,00 (três mil e trinta e três reais) a título de danos materiais e R\$ 12.400,00 (doze mil e quatrocentos reais), a título de danos morais.

Alega a Apelante, que há excludente de responsabilidade, pois o fato ocorreu por culpa de terceiro. Alega ainda, que não há prova dos danos materiais pleiteados e também não há prova de danos morais sofridos. Pugna ao final, pelo provimento do recurso para reforma da sentença, pugnando alternativamente pela redução dos danos morais fixados.

Preparo, às fls. 100.

As contrarrazões foram apresentadas, às fls. 103/106.

É o relatório. DECIDO:

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

No presente caso, no meu entendimento, o serviço foi prestado de forma inadequada ao consumidor, com falha na segurança, tendo a própria Empresa Apelante, reconhecido o extravio de bagagem da Apelada, restando tal questão incontroversa. Não vislumbro nos autos qualquer excludente de responsabilidade, pois não há como alegar fato de terceiro, se foi o próprio preposto da Apelante quem entregou a terceiro a mala que pertencia à Apelada, sem fazer a devida conferência do ticket de bagagem.

O consumidor, ao utilizar dos serviços de uma companhia de transporte rodoviário, confiando-lhe sua bagagem no momento do embarque e não a recebendo no local do destino, conforme seria obrigação da prestadora de serviço, se impõe o dever de indenizar.

Nesse sentido é a jurisprudência:

“EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – VIAGEM INTERNACIONAL – EXTRAVIO DE BAGAGEM – DANO MATERIAL E MORAL – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. A companhia aérea responde por danos morais causados a passageiro pelos aborrecimentos, e frustração experimentados pela pessoa, devido o extravio de bagagem em viagem realizada ao exterior. Pacificado é o entendimento de nossos Tribunais que inexistindo parâmetros legais para fixação do valor da verba indenizatória, fica ela ao inteiro arbítrio do juiz que deve agir com moderação, prudência e razoabilidade, cujo valor arbitrado deve produzir no causador impacto suficiente para dissuadi-lo da prática de novos atos ofensivos, não constituindo, por outro lado, enriquecimento indevido do ofendido.” (Apelação: 2.0000.00.387937-0/000(1) – Relator: Exmo. Desembargador: José Affonso da Costa Côrtes).

Em relação à fixação da indenização decorrente do dano moral, entendo que, esta deve ser feita com o prudente arbítrio, de modo que não seja inexpressiva a ponto de estimular a repetição de fatos idênticos aos narrados nos autos, nem seja exorbitante ocasionando enriquecimento sem causa.

Segue a jurisprudência:

“EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – SENTENÇA FUNDAMENTADA DE FORMA

CONCISA – APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DE CONVENCIMENTO – NÃO-CARACTERIZAÇÃO DE NULIDADE – EXTRAVIO DE BAGAGEM – CARACTERIZAÇÃO DE DANOS MORAIS – QUANTUM INDENIZATÓRIO. – Não é nula a sentença quando o juiz apresenta às partes as razões de seu convencimento, ou seja, manifesta os motivos que o levaram a julgar a lide daquela forma, mesmo que o faça de forma concisa. – O extravio de bagagem enseja indenização por danos morais, devendo o valor ser fixado com prudência, de modo a não ensejar enriquecimento ilícito e também para que não seja irrisório.” (Apelação: 2.0000.00.453554-8/000(1) – Relator: Exmo. Desembargador Pedro Bernardes)

Entendo ainda, ser oportuno lembrar a lição de Maria Helena Diniz quanto à fixação do quantum indenizatório:

“A fixação do *quantum* competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e nos casos de dano moral não contemplado legalmente a reparação correspondente será fixada por arbitramento (CC, art. 1.553, RTJ, 69/276, 67/277). Arbitramento é o exame pericial tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação, a ele ligado, muito comum na indenização dos danos. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa)” “Curso de Direito Civil Brasileiro” – São Paulo, Saraiva, 1990, v. 7 – Responsabilidade Civil, 5(ed., p. 78/79).

Como não há parâmetros legais versando sobre a determinação do valor de danos morais, cabe ao Juiz fixá-lo sob seu prudente arbítrio, de acordo com a análise dos fatos e da situação social e econômica do ofendido e do ofensor.

Nestas condições, entendo que foi justo o valor de R\$ 12.400,00 (doze mil e quatrocentos reais), fixado pelo ilustre Magistrado de primeiro grau.

No tocante aos danos materiais, no meu modesto inteligir, ao contrário do que alega a empresa Apelante, não se mostra razoável exigir dos consumidores a produção taxativa de provas dos pertences que estavam na bagagem extraviada. Não é comum, possuir a relação dos bens que se leva em viagens e ainda as respectivas notas fiscais.

Conforme bem exposto pelo Magistrado primevo, a Apelada acostou aos autos formulário fornecido pela empresa Apelada (fls.28/29), contendo a relação dos pertences que estavam na mala, sendo que, se baseou o Magistrado, no critério da razoabilidade e ainda na relação dos bens fornecidos, para fixar a indenização pelo dano material. Ademais, a empresa Apelante não se desincumbiu de seu ônus de desconstituir os fatos alegados pela Apelada, quanto ao conteúdo da mala.

Neste sentido é a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – TRANSPORTE AÉREO – EXTRAVIO DE BAGAGEM – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações existentes

entre usuários e prestadoras de serviços de transporte. Havendo razoabilidade nas informações prestadas pela parte no tocante aos objetos que estavam em sua bagagem, fato que gera credibilidade de suas declarações, deve prevalecer o valor informado, caso não tenha a empresa transportadora apresentado prova que desconstitua o direito alegado na inicial. Na fixação do valor do dano moral, imprescindível sejam levadas em consideração a proporcionalidade e a razoabilidade. Apelação não provida.” (TJMG – Ap 1.0024.08.278620-3/001 – rel. Des. Veiga de Oliveira – j. 16/03/2012 – publ. 30/03/2012- grifo nosso)

Diante de tais considerações, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo intacta a sentença combatida, por seus próprios fundamentos.

Custas, pela Apelante.

É o voto.

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO – De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA:

“NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO”

ACÓRDÃO 2

REPARAÇÃO CIVIL POR INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

Tribunal: TJ/MG

Órgão Julgador: 13a. Câ. Civ.

Relator: José de Carvalho Barbosa

APELAÇÃO CÍVEL –
INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS
– INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS
CADASTROS DE PROTEÇÃO AO
CRÉDITO – DÉBITO INEXISTENTE
– PROVA DE QUITAÇÃO –
DESCONSTITUIÇÃO – ÔNUS DO RÉU,
ART. 333, II, DO CPC – DANOS MORAIS
PRESUMIDOS – DEVER DE INDENIZAR
CONFIGURADO – QUANTUM
INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE

E PROPORCIONALIDADE – REDUÇÃO – POSSIBILIDADE. 1. Ao réu incumbe desconstituir a prova apresentada pelo autor que demonstra a inexistência do débito que ensejou a inscrição de seu nome no cadastro de proteção ao crédito. 2. A existência inequívoca de restrição creditícia por dívida não comprovada, por si só, configura dano moral indenizável. 3. A indenização por dano moral deve ser arbitrada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre com moderação, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que o *quantum* arbitrado se preste a atender ao caráter punitivo da medida e de recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima.

ACÓRDÃO: 1.0261.12.006459-5/001
ANO: 2012 DATA: 11/12/2014

ÓRGÃO JULGADOR: 13a. CÂM. CÍV.
DATA DE PUBLICAÇÃO: 19/12/2014
RELATOR: JOSÉ DE CARVALHO
BARBOSA

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL –
INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS
– INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS
CADASTROS DE PROTEÇÃO AO
CRÉDITO – DÉBITO INEXISTENTE
– PROVA DE QUITAÇÃO –
DESCONSTITUIÇÃO – ÔNUS DO
RÉU, ART. 333, II, DO CPC – DANOS
MORAIS PRESUMIDOS – DEVER
DE INDENIZAR CONFIGURADO
– QUANTUM INDENIZATÓRIO
– RAZOABILIDADE E
PROPORCIONALIDADE – REDUÇÃO
– POSSIBILIDADE. 1. Ao réu incumbe
desconstituir a prova apresentada pelo autor
que demonstra a inexistência do débito que
ensejou a inscrição de seu nome no cadastro
de proteção ao crédito. 2. A existência
inequívoca de restrição creditícia por dívida
não comprovada, por si só, configura dano
moral indenizável. 3. A indenização por
dano moral deve ser arbitrada segundo o
prudente arbítrio do julgador, sempre com
moderação, observando-se as peculiaridades
do caso concreto e os princípios da
proporcionalidade e da razoabilidade, de
modo que o *quantum* arbitrado se preste a
atender ao caráter punitivo da medida e de
recomposição dos prejuízos, sem importar,
contudo, enriquecimento sem causa da
vítima.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO:

APELAÇÃO CÍVEL –
INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS

– INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS
CADASTROS DE PROTEÇÃO AO
CRÉDITO – DÉBITO INEXISTENTE
– PROVA DE QUITAÇÃO –
DESCONSTITUIÇÃO – ÔNUS DO RÉU,
ART. 333, II, DO CPC – DANOS MORAIS
PRESUMIDOS – DEVER DE INDENIZAR
CONFIGURADO – QUANTUM
INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE
E PROPORCIONALIDADE – REDUÇÃO
– POSSIBILIDADE. 1. Ao réu incumbe
desconstituir a prova apresentada pelo autor
que demonstra a inexistência do débito que
ensejou a inscrição de seu nome no cadastro
de proteção ao crédito. 2. A existência
inequívoca de restrição creditícia por dívida
não comprovada, por si só, configura dano
moral indenizável. 3. A indenização por dano
moral deve ser arbitrada segundo o prudente
arbítrio do julgador, sempre com moderação,
observando-se as peculiaridades do caso
concreto e os princípios da proporcionalidade
e da razoabilidade, de modo que o *quantum*
arbitrado se preste a atender ao caráter punitivo
da medida e de recomposição dos prejuízos,
sem importar, contudo, enriquecimento sem
causa da vítima.

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª
CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do
Estado de Minas Gerais, na conformidade
da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL
PROVIMENTO À APELAÇÃO.

DES. JOSÉ DE CARVALHO
BARBOSA

RELATOR.

DES. JOSÉ DE CARVALHO
BARBOSA (RELATOR)

VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação
interposto por BANCO SANTANDER

BRASIL S.A., nos autos da “Ação de Indenização por Restrição ao Crédito” lhe movida por MAGDA MARIA DA SILVA, perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Formiga, tendo em vista a sentença de folhas 51/56 que julgou procedente o pedido inicial, determinando “o cancelamento do apontamento registrado em nome da autora à fl. 11, oriundo do contrato celebrado entre as partes, registrado sob o nº. UG881200014198971732”, e condenando o banco réu ao pagamento da quantia de R\$ 15.000,00 a título de danos morais, corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora de 1% a.m. a contar da data da publicação da sentença, bem como das custas/despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Em suas razões recursais de folhas 70/75, defende o banco réu/apelante a reforma da sentença, sustentando que a sua conduta se deu em exercício regular de direito, tendo em vista que “não recebeu a parcelada adimplida pela Recorrida, via repasse” (sic), também afirmando que não restou configurado o dano moral.

Insurge-se, sucessivamente, contra o montante indenizatório fixado na sentença recorrida, postulando sua redução, a fim de evitar enriquecimento sem causa da autora/apelada.

Preparo regular a folhas 76.

Contrarrazões a folhas 80/86.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia posta em aferir se restaram comprovados os requisitos necessários à responsabilização civil, em especial o ato ilícito e o dano propriamente dito, de modo a ensejar a condenação

imposta em primeiro grau, insurgindo-se o banco réu, também, contra o montante indenizatório.

Alega a parte autora que celebrou contrato de empréstimo pessoal com a parte ré, no valor de R\$ 19.696,09, tendo sido ajustado o pagamento em 83 parcelas mensais, cada uma no valor de R\$ 452,10, contrato nº UG881200014198971732, cumprindo ressaltar que o banco réu não impugnou essa alegação da autora.

Consoante os documentos de folhas 09/11, verifica-se que o nome da autora foi inscrito no SERASA, em 6/5/2012, em virtude do não pagamento de suposto débito no valor de R\$ 19.659,09, vencido em 22/03/2012, referente ao contrato UG881200014198971732.

Verifica-se, mais, que, em sua contestação, bem como em suas razões recursais, o banco réu alega que inexistente qualquer irregularidade na negativação efetivada, uma vez que a autora ficou inadimplente, desse modo afirmando que agiu em exercício regular do direito.

Todavia, da análise dos documentos de folhas 12/24, verifica-se que as prestações do referido financiamento são descontadas em folha de pagamento da autora, tendo ela comprovado os descontos efetivados desde o mês de abril/2011 (1ª parcela) até abril/2012 (13ª parcela), disso se podendo concluir que até 22/3/2012, data que consta como sendo a do vencimento do suposto débito que deu origem à inscrição do nome da autora no Serasa, não havia nenhum débito pendente em relação ao mencionado contrato.

E observe-se que o banco réu não impugna essa prova de quitação regular do débito apresentada pela autora.

Em outras palavras, não demonstra o banco réu a existência do débito, tampouco a regularidade da negativação efetivada.

Tem-se, com efeito, que a autora se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia, consoante o disposto no inciso I do art. 333 do CPC, o mesmo não acontecendo com o banco réu, a quem competia a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, nos termos do inciso II do mesmo dispositivo legal, eis que não desconstituiu a prova apresentada pelo mesma autora.

A respeito do ônus da prova, oportuna a lição de Fredie Didier Jr.:

Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer. Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo (art. 333, CPC). Adotou o nosso CPC a concepção estática do ônus da prova, que é distribuído a priori, sem a observância das peculiaridades do caso concreto. (Curso de Direito Processual Civil – Volume 2 – Edições Podvim: 2007, p. 55).

Inequívoca, portanto, a ilicitude da conduta praticada pelo banco réu ao inserir o nome da autora no cadastro de inadimplentes, sem lastro em prova inequívoca do débito, bem como a obrigação de indenizar pelos danos morais dela decorrentes.

A propósito da configuração do dano moral, cumpre observar que, segundo entendimento jurisprudencial majoritário, tanto a inscrição irregular quanto a sua indevida manutenção nos cadastros de restrição creditícia são suficientes para caracterizar o dano moral, independentemente de ter esse fato ensejado

negação de crédito ao suposto devedor ou óbice à conclusão de negócios.

De fato, a inscrição indevida gera, por si só, para aquele que teve seu nome negativado imerecido constrangimento e prejuízos de diversas ordens, inclusive moral, pois inviabiliza a concessão de crédito.

Nesses casos, a prova do dano moral não é essencial, entendendo a jurisprudência de forma pacífica que o dano moral advindo da inscrição indevida é presumido.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. CHEQUE COMPENSADO INDEVIDAMENTE. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. RESPONSABILIDADE PELO EVENTO DANOSO. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ. DANO MORAL PRESUMIDO. REVISÃO DO VALOR. (...) 2. A inscrição indevida em cadastro de inadimplentes gera dano moral presumido, sendo desnecessária, pois, a prova de sua ocorrência. (...)” (STJ – Quarta Turma – AgRg no Ag 1102083/SP, Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data do Julgamento: 19/04/2012, Data da Publicação/Fonte: DJe 26/04/2012).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. CARACTERIZAÇÃO *IN RE IPSA* DOS DANOS. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. (...) 2. Consoante entendimento consolidado

desta Corte Superior, nos casos de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, os danos caracterizam-se *in re ipsa*, isto é, são presumidos, prescindem de prova (Precedente: REsp nº 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 17/12/2008) . (...). (STJ – Terceira Turma – AgRg no Ag 1152175/RJ, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data do Julgamento: 03/05/2011, Data da Publicação/Fonte: DJe 11/05/2011).

No mesmo sentido, é o entendimento deste Eg. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – COBRANÇA INDEVIDA – SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS – PROVA DE FATO NEGATIVO – ÔNUS DO RÉU – DÉBITO INEXISTENTE – DANOS MORAIS – INOCORRÊNCIA.

– Se o autor nega a contratação objeto da cobrança, é do réu o ônus de comprovar a sua existência.

– A simples alegação de quebra de confiança na instituição financeira não justifica indenização por danos morais.

– Primeira apelação provida em parte. Segunda apelação não provida. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0145.11.026309-5/001 – Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, 10ª Câmara Cível, DJ 04/09/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO NÃO CELEBRADO PELA AUTORA. FRAUDE. ASSINATURAS DIFERENTES. NÃO CONFERÊNCIA. NEGLIGÊNCIA DA OPERADORA DE TE-

LEFONIA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE DEVEDORES. DANO MORAL “IN RE IPSA”. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO. MANUTENÇÃO DO “QUANTUM”. SENTENÇA MANTIDA.

– Tratando-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica e, por conseguinte, de débito apto a justificar a inserção em cadastro de inadimplentes, é ônus dos réus, pretensos credores, provar a existência de vínculo contratual, por tratar-se de prova negativa.

– A abertura de linha telefônica em nome do consumidor sem o seu consentimento, bem como a consequente inscrição do seu nome em cadastros de inadimplentes, configura ato ilícito apto a ensejar a condenação da empresa ao pagamento de danos morais.

– A inscrição em cadastro de devedores de pessoa que sequer celebrou contrato configura ato ilícito apto a ensejar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

– O dano moral, neste caso, existe “in re ipsa”, ou seja, para sua configuração basta a prova da ocorrência do fato ofensivo.

– O valor da indenização deve ser mantido, quando fixado dentro da razoabilidade. (TJMG – Apelação Cível 1.0439.10.010108-8/002 – Rel. Des. José Marcos Vieira, 16ª Câmara Cível, DJ 22/06/2012)

Com efeito, em casos como o dos autos, configurado o evento danoso surge o dever de reparar, não havendo de se cogitar, como dito, da prova do prejuízo, bastando que estejam evidenciados o ato ilícito e o nexo de causalidade.

No tocante ao *quantum* da indenização, cumpre observar que a reparação do dano

moral significa uma forma de compensação e nunca de reposição valorativa de uma perda, e deve ser fixada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre com moderação, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que o valor não seja tão elevado, que se constitua em fonte de enriquecimento sem causa, tampouco insignificante a ponto de não atender ao seu caráter punitivo-pedagógico.

A propósito, confira-se lição do mestre Sérgio Cavalieri Filho:

Creio que na fixação do “quantum debeat” da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 81-82)

Também nesse sentido a jurisprudência:

Não há critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral. Recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto. (RSTJ 140/371)

Critérios de quantificação da indenização que devem atender a determinados balizamentos, que obedeçam ao padrão social e cultural do ofendido, à extensão da lesão do seu direito, ao grau de intensidade do sofrimento enfrentado, às condições pessoais do devedor, ao grau de suportabilidade do encargo pelo último, sem descurar do caráter reparatório, sempre com a preponderância do bom senso e da razoabilidade do encargo. (Ajuris 76/608)

Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida. (RSTJ 112/216 e STJ-RF 355/201)

“A indenização deve ter conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer injustamente a vítima” (STJ-3ª T., REsp 831.584-AgRg-EDcl, Min. Gomes de Barros, j. 24.8.06, DJU 11.9.06). (in Código Civil e legislação civil em vigor/Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli – 30. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109)

No caso *sub judice*, entendendo que o valor fixado em primeiro grau – R\$ 15.000,00 – não se mostra consentâneo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tenho por necessária sua redução para o montante de R\$ 10.000,00, que reputo suficiente e condizente com as

peculiaridades do caso, e se coaduna com os parâmetros adotados por esta Câmara em casos análogos, sendo adequado para atender ao caráter punitivo-pedagógico da medida.

Com tais considerações, dou parcial provimento à apelação, apenas para reduzir o valor da indenização para R\$ 10.000,00, mantendo a r. sentença em seus demais termos.

Custas recursais pelo banco apelante.
DES. NEWTON TEIXEIRA
CARVALHO (REVISOR)

Acompanho integralmente o douto Relator.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS

De acordo com o Relator.

SÚMULA: “DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO”

EMENTÁRIO

1) É lícito o sistema de pontuação mantido por órgão de proteção ao crédito

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **5a. Câm. Cív.**

Relator: **Jorge André Pereira Gailhard**

Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais. Responsabilidade civil. Sistema de pontuação. Legalidade. Abuso de direito não comprovado. Questão pacificada pelo egrégio STJ com base na Lei dos Recursos Repetitivos e para os efeitos do art. 543-C, do CPC. RESP nº 1.419.697/RS. I. Preliminar. Cerceamento de defesa. Não vinga a preliminar de cerceamento de defesa, eis que, incumbe ao autor a prova do dano moral suportado, a teor do art. 333, I, do CPC. Preliminar rejeitada. II. Preliminar. Ilegitimidade passiva. Foi a ré quem desenvolveu e disponibilizou o sistema de pontuação taxado de ilícito pelo autor, possuindo legitimidade para figurar no pólo passivo da causa. Preliminar rejeitada. III. Preliminar. Falta de interesse de agir. Não vinga a preliminar, pois, em que pese

a requerida tenha deixado de disponibilizar o sistema de pontuação para os CPF s emitidos no Estado do Rio Grande do Sul a partir de 03.10.2013, é certo que antes deste período houve a efetiva disponibilização da pontuação da parte autora, o que não foi negado pela ré. Preliminar rejeitada. IV. Mérito. O egrégio STJ pacificou a questão, com base na Lei dos Recursos Repetitivos e para os efeitos do art. 543-C, do CPC, considerando lícito o sistema de pontuação mantido pelos órgãos de proteção ao crédito, cabendo ao consumidor demonstrar que o mantenedor do cadastro agiu em abuso de direito ao utilizar informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011) ou dados incorretos e desatualizados. REsp nº 1.419.697/RS V. No caso concreto, a parte autora não se desincumbiu do ônus de comprovar que o órgão mantenedor do cadastro positivo agiu em abuso de direito (art. 333, I, do CPC). Impossibilidade de inversão do ônus da prova diante da inexistência de verossimilhança das alegações (art. 6º, VIII, do CDC). VI. Ademais, o sistema de pontuação mantido pela parte ré é prática autorizada pelo art. 7º, I, da Lei nº 12.414/2011, e consiste

em ferramenta de consulta, e não um cadastro negativo de crédito, pois, ao fim e ao cabo, é o comerciante-associado quem dá a palavra final sobre a concessão ou não do crédito ao cliente. VII. Outrossim, tratando-se de ferramenta de estatística formada por inúmeras variáveis, sem natureza restritiva, mostra-se desnecessário o envio de notificação prévia ao consumidor. Preliminares rejeitadas. Apelação provida, em decisão monocrática. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70063164354 - 5a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Jorge André Pereira Gailhard - Fonte: DJ, 03.02.2015).

2) Casa noturna terá que indenizar cliente agredido por segurança

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **17a. Câ. Cív.**

Relator: **Eduardo Mariné da Cunha**

Apelação Cível - Ação de indenização - Agressão física praticada por segurança de casa noturna - Culpa exclusiva da vítima - Inexistência - Ofensa à integridade física do autor - Danos morais configurados - Recurso provido. Para que se condene alguém ao pagamento de indenização por dano moral, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. Mesmo considerando a picardia do autor, que, com o intuito de solucionar a questão relativa à cobrança de produtos não consumidos, permaneceu na “boca do caixa”, criando obstáculo ao atendimento dos demais clientes e ao próprio funcionamento

do estabelecimento da ré, não há como imputar a ele a responsabilidade exclusiva pelos danos narrados na exordial, sendo notório o excesso cometido pelos seguranças. A recusa de um dos clientes em aguardar a presença do gerente do estabelecimento em um local apropriado, não justifica abordagem truculenta dos seguranças da requerida, muito menos a ofensa à sua integridade física. No tocante ao quantum, este Tribunal, a exemplo de várias outras Cortes brasileiras, tem primado pela razoabilidade na fixação dos valores das indenizações. É preciso ter sempre em mente, que a indenização por danos morais deve alcançar valor tal, que sirva de exemplo para a ré, sendo ineficaz, para tal fim, o arbitramento de quantia excessivamente baixa ou simbólica, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para o autor, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida. Recurso provido. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.13.347394-2/001 - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Eduardo Mariné da Cunha- Fonte: DJ, 18.11.2014).

3) Faculdade terá que fornecer desconto anunciado em mensalidade

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **14a. Câ. Cív.**

Relatora: **Evangelina Castilho Duarte**

Restituição de valores - Relação de consumo - Propaganda enganosa - Desconto - Indenização - Danos morais - Descumprimento contratual - Ausência de dano. Nos termos do art. 37, do CDC, é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. Se não há cobrança indevida, não

há direito à restituição em dobro. Dano é qualquer mal ou ofensa pessoal, deterioração, prejuízo a uma pessoa, conforme Dicionário da Língua Portuguesa, Caldas Aulete, sendo que, na linguagem jurídica, constitui a efetiva diminuição do patrimônio alheio, provocada por ação ou omissão de terceiro. Não estando configurado o dano, conclui-se pela improcedência do pleito indenizatório. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0105.12.013921-4/001 - 14a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. Evangelina Castilho Duarte - Fonte: DJ, 23.01.2015).

4) CDC é inaplicável ao contrato de seguro-saúde coletivo empresarial

Tribunal: **TJ/DF**

Órgão Julgador: **2a. T.**

Relatora: **Leila Arlanch**

Civil. Contrato de seguro-saúde coletivo empresarial. Contrato firmado entre o empregador e a seguradora.

Não-aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Contrato oneroso. Reajuste. Possibilidade. Sentença mantida. 1 - Em se tratando de contrato de seguro-saúde coletivo empresarial, não há que se falar em aplicabilidade dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, pois entabulado entre empregador e a seguradora, cuja relação é comercial, e o destinatário final do serviço são os funcionários do estipulante. 2 - O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento que o reajuste do prêmio com base na sinistralidade é válido, desde que previamente pactuado entre as partes de forma a manter o reequilíbrio contratual (REsp nº 1.102.848/SP). 3 - As partes pactuaram cláusula penal compensatória em caso de cancelamento do seguro antes do período inicial de vigência mínima do contrato, e havendo resilição unilateral, devem se sujeitar à incidência da multa. 4 - Negou-se provimento ao recurso. (TJ/DF - Ap. Cível n. 2014 01 1 063941-0 - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Desa. Leila Arlanch - Fonte: DJ, 29.01.2015).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção)

Relator: *M. Safjan*

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Relator: *Granja da Fonseca*

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (20.11.2014)

“O produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto”

“O termo ‘produtor’ designa o fabricante de um produto acabado, o produtor de uma matéria prima ou o fabricante de uma parte componente, e qualquer pessoa que se apresente como produtor pela aposição sobre o produto do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo”

“O direito à disponibilização de informações incide sobre os efeitos, efeitos secundários e interações que eram do conhecimento da empresa farmacêutica, e sobre as suspeitas de efeitos secundários e interações de que tenha tido conhecimento e quaisquer outros elementos que possam assumir importância na apreciação da [justificação] de efeitos nocivos”

Do Supremo Tribunal de Justiça (04.12.2014)

“Contrato de seguro é aquele em que uma das partes (segurador) se obriga, contra o pagamento de certa importância (prémio), a indemnizar outra parte (segurado ou terceiro) pelos prejuízos resultantes da verificação de determinados riscos”

“As cláusulas particulares, especificamente acordadas, prevalecem sobre as cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes”

“Só tendo sido efectivamente contratadas, nas condições particulares, as coberturas de morte e invalidez permanente, fica excluída a cobertura de morte por acidente de viação, apesar de prevista nas condições gerais”

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

20 de novembro de 2014

«Reenvio prejudicial – Diretiva 85/374/CEE – Proteção dos consumidores – Responsabilidade decorrente de produtos defeituosos – Âmbito de aplicação material da diretiva – Regimes especiais de responsabilidade existentes na data da notificação da diretiva – Admissibilidade de um regime nacional de responsabilidade que permite a obtenção de informações sobre os efeitos secundários dos produtos farmacêuticos»

No processo C310/13,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267º TFUE, pelo Bundesgerichtshof (Alemanha), por decisão de 6 de maio de 2013, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 6 de junho de 2013, no processo

Novo Nordisk Pharma GmbH

contra

S.,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: L. Bay Larsen, presidente de secção, J. Malenovský, M. Safjan (relator), A. Prechal e K. Jürimäe, juízes,

advogado-geral: M. Szpunar,

secretário: M. Aleksejev, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 26 de março de 2014,

vistas as observações apresentadas:

– em representação de S., por J. Heynemann, Rechtsanwalt,

– em representação do Governo alemão, por T. Henze e J. Kemper, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo checo, por M. Smolek e J. Vláčil, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão Europeia, por M. Šimerdová e G. Wilms, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 11 de junho de 2014, profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 13.º da Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (JO L 210, p. 29; EE 13 F19 p. 8), conforme alterada pela Diretiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de maio de 1999 (JO L 141, p. 20, a seguir «Diretiva 85/374»).

2 Este pedido foi submetido no âmbito de um litígio que opõe a Novo Nordisk Pharma GmbH (a seguir «Novo Nordisk Pharma») a S., acerca do pedido, apresentado por esta última, de prestação de informações sobre os efeitos secundários e outros de um medicamento fabricado por aquela empresa.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O décimo terceiro e décimo oitavo considerando da Diretiva 85/374 enunciam:

«Considerando que, consoante os sistemas jurídicos dos EstadosMembros, o lesado pode ter direito a uma indemnização a título da responsabilidade extracontratual diferente da prevista na presente diretiva; que essas disposições não devem ser prejudicadas pela presente diretiva, desde que tenham igualmente por objetivo uma proteção eficaz dos consumidores; que, se já estiver assegurada num EstadoMembro uma proteção eficaz dos consumidores no sector dos produtos farmacêuticos por um regime especial de responsabilidade, se deve manter a possibilidade de prop[or] ações com base nesse regime;

[...]

Considerando que a harmonização resultante da presente diretiva não pode, na fase atual, ser total, mas que abre caminho para uma maior harmonização; que é, por conseguinte, necessário que sejam submetidos ao Conselho, em intervalos regulares, relatórios da Comissão sobre a aplicação da presente diretiva, acompanhados, se for caso disso, de propostas adequadas;».

4 O artigo 1º desta diretiva dispõe:

«O produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto.»

5 O artigo 3º, nº 1, da referida diretiva tem a seguinte redação:

«O termo ‘produtor’ designa o fabricante de um produto acabado, o produtor de uma matériaprima ou o fabricante de uma parte componente, e qualquer pessoa que se apresente como produtor pela aposição sobre o produto do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo.»

6 Nos termos do artigo 4º da mesma diretiva:

«Cabe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexa causal entre o defeito e o dano.»

7 O artigo 7º da Diretiva 85/374 dispõe que o produtor não tem responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, se provar que se verifica uma das circunstâncias previstas na mesma disposição.

8 O artigo 13º desta diretiva dispõe:

«A presente diretiva não prejudica os direitos que o lesado pode invocar nos termos do direito da responsabilidade contratual ou extracontratual ou nos termos de um regime especial de responsabilidade que exista no momento da notificação da presente diretiva.»

Direito alemão

9 O § 15 da Lei sobre a responsabilidade decorrente de produtos defeituosos (Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte), de 15 de dezembro de 1989, prevê:

«1. As disposições da lei sobre a responsabilidade decorrente de produtos defeituosos não se aplicam em caso de morte, danos físicos ou problemas de saúde ocorridos na sequência da administração de um medicamento destinado a uso humano que foi disponibilizado ao consumidor no âmbito de aplicação da Lei relativa aos medicamentos [Arzneimittelgesetz, de 24 de agosto de 1976, a seguir ‘AMG’] e que está sujeito a autorização de introdução no mercado ou dispensado da referida autorização por regulamento.

2. Não fica prejudicada a responsabilidade estabelecida noutras disposições.»

10 O § 84 da AMG, nos nºs 1 e 2, dispõe:

«1. Em caso de morte, danos físicos ou problemas de saúde não

despiciendos, causados a um ser humano na sequência da administração de um medicamento destinado a uso humano que foi disponibilizado ao consumidor no âmbito de aplicação da lei relativa aos medicamentos e que está sujeito a autorização de introdução no mercado ou dispensado da referida autorização por regulamento, a empresa farmacêutica que comercializou o medicamento no âmbito de aplicação da presente lei é obrigada a ressarcir a pessoa do dano sofrido. Só se verifica esta obrigação de indemnização se:

1) O medicamento, em condições normais de utilização, tiver efeitos nocivos que ultrapassam os limites aceitáveis segundo os conhecimentos da ciência médica, ou

2) O dano se tiver produzido na sequência de uma rotulagem, uma informação técnica ou instruções de utilização que não correspondem aos conhecimentos da ciência médica.

2. Caso, considerando as circunstâncias do caso concreto, o medicamento administrado seja [propenso] a causar o dano em causa, presume-se que o mesmo foi causado por este medicamento. A [propensão] é avaliada, no caso concreto, [tendo em conta] a composição e a dosagem do medicamento administrado, o tipo e a duração da sua administração conforme, o nexo temporal com a ocorrência do dano, a natureza do dano, o estado de saúde do lesado à data da administração e todas as circunstâncias que, no caso concreto, são favoráveis, ou não, à produção do dano. [...]

11 O § 84a da AMG dispõe:

«1. Caso se verifiquem factos que indiciem que um medicamento causou o dano, o lesado pode exigir à empresa farmacêutica a disponibilização de

informações, a menos que tal não seja necessário para determinar a existência de um direito a indemnização nos termos do § 84. O direito à disponibilização de informações incide sobre os efeitos, efeitos secundários e interações que eram do conhecimento da empresa farmacêutica, e sobre as suspeitas de efeitos secundários e interações de que tenha tido conhecimento e quaisquer outros elementos que possam assumir importância na apreciação da [justificação] de efeitos nocivos. [...] Não se verifica o direito à disponibilização de informações se estas deverem, por força da lei, ser mantidas secretas ou [se] a confidencialidade corresponder a um interesse superior da empresa farmacêutica ou de um terceiro.

2. Nas condições previstas no nº 1, também existe um direito à disponibilização de informações pelas autoridades responsáveis pela autorização de introdução no mercado ou pela supervisão de medicamentos. A autoridade não está vinculada à prestação de informações, desde que, por força da lei, as informações devam ser mantidas secretas ou a confidencialidade corresponda a um interesse superior da empresa farmacêutica ou de um terceiro.»

12 Na Alemanha, o único regime especial de responsabilidade que existia na data da notificação da Diretiva 85/374, concretamente em 30 de julho de 1985, era o previsto pela AMG.

13 A presunção de nexo causal estabelecida pelo § 84, nº 2, da AMG e o direito à informação previsto no § 84a da mesma lei foram nesta introduzidos pela Lei de alteração da legislação relativa às indemnizações (zweites Schadensersatzrechtsänderungsgesetz), de 19 de julho de 2002 (BGBl. 2002 I,

p. 2674), que entrou em vigor em 1 de agosto de 2002.

Litígio no processo principal e questão prejudicial

14 No período entre 2004 e junho de 2006, foi prescrito e ministrado a S., que sofre de diabetes, o medicamento *Levemir*, fabricado pela Novo Nordisk Pharma, o que causou à paciente uma lipoatrofia, isto é, a atrofia do tecido adiposo subcutâneo na zona das injeções.

15 S. intentou uma ação contra a Novo Nordisk Pharma, no Landgericht Berlin (tribunal regional de Berlin), para, ao abrigo do § 84a da AMG, obter informações sobre os efeitos nocivos e outros efeitos do referido medicamento, na medida em que os mesmos sejam respeitantes à lipoatrofia.

16 O Landgericht Berlin julgou procedente a ação intentada por S. Uma vez que o Kammergericht Berlin (órgão jurisdicional de recurso de Berlim) negou provimento ao recurso dessa decisão interposto pela Novo Nordisk Pharma, esta sociedade interpôs um recurso de «Revision» no órgão jurisdicional de reenvio.

17 O órgão jurisdicional de reenvio refere que a decisão a proferir no recurso de «Revision», relativo ao direito à obtenção de informações previsto no § 84a da AMG, depende de saber se a referida disposição é ou não contrária à Diretiva 85/374.

18 Nestas condições, o Bundesgerichtshof decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 13º da Diretiva 85/374/CEE ser interpretado no sentido de que, em geral, o regime de responsabilidade

alemão em matéria de medicamentos, como ‘regime especial de responsabilidade’, não é afetado por esta diretiva, pelo que o regime nacional de responsabilidade em matéria de medicamentos pode continuar a ser desenvolvido ou deve esta disposição ser interpretada no sentido de que os pressupostos da responsabilidade no âmbito da legislação sobre os medicamentos, em vigor no momento da notificação da diretiva (30 de julho de 1985), não podem ser alargados?»

Quanto à questão prejudicial

19 Com a sua questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a Diretiva 85/374, especialmente o seu artigo 13º, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que estabelece um regime especial de responsabilidade na aceção do referido artigo 13º, o qual, na sequência de uma alteração dessa legislação que teve lugar posteriormente à data da notificação desta diretiva ao Estado-Membro em causa, prevê que o consumidor tem o direito de exigir ao fabricante de um produto farmacêutico informações sobre os efeitos secundários desse produto.

20 A título preliminar, cumpre realçar que, como decorre do artigo 13º da Diretiva 85/374, esta não prejudica os direitos que o lesado pode invocar, designadamente, ao abrigo de um regime especial de responsabilidade existente na data da notificação desta diretiva.

21 Ora, como o advogado geral salientou no nº 34 das suas conclusões, o regime alemão da responsabilidade

decorrente de produtos farmacêuticos, previsto pela AMG, constitui esse regime especial de responsabilidade na aceção do artigo 13º da Diretiva 85/374, na medida em que, por um lado, está limitado a um determinado setor de produção e, por outro, existia no momento da notificação desta diretiva à República Federal da Alemanha, que ocorreu em 30 de julho de 1985.

22 Nestas condições, há que apreciar se a Diretiva 85/374 não se opõe a uma legislação nacional que, no âmbito desse regime especial, conforme alterado posteriormente à data da notificação da referida diretiva ao EstadoMembro em causa, consagra o direito do consumidor à obtenção de informações sobre os efeitos secundários de um produto. Cumpre, no entanto, verificar, desde já, se esse direito é regulado por esta diretiva.

23 A este propósito, cumpre, de facto, recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a Diretiva 85/374 prossegue, quanto aos aspetos que regula, uma harmonização total das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EstadosMembros (acórdão Dutrueux e caisse primaire d'assurance maladie du Jura, C495/10, EU:C:2011:869, nº 20 e jurisprudência referida).

24 Em contrapartida, como resulta do seu décimo oitavo considerando, a referida diretiva não se destina a harmonizar de modo exaustivo o domínio da responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, para além dos aspetos que regula (acórdão Dutrueux e caisse primaire d'assurance maladie du Jura, EU:C:2011:869, nº 21 e jurisprudência referida).

25 Quanto ao direito do consumidor à obtenção de informações sobre os efeitos secundários de um produto, importa salientar que nem esse direito nem o âmbito das informações que o consumidor pode exigir ao fabricante desse produto são, enquanto tais, objeto das disposições da Diretiva 85/374.

26 No que respeita ao facto de, em conformidade com o disposto no artigo 4º da referida diretiva, caber ao lesado a prova do dano, do defeito e donexo causal entre o defeito e o dano, há que verificar se a existência, na legislação de um EstadoMembro, de um direito a obter informações não é suscetível de prejudicar a repartição do ónus da prova prevista neste artigo pelo legislador da União.

27 A este propósito, cabe observar que, na verdade, uma legislação nacional que consagre o direito do lesado à obtenção de informações sobre os efeitos secundários do produto em causa é suscetível de o auxiliar a apresentar as provas necessárias que lhe permitam invocar a responsabilidade do fabricante.

28 No entanto, tal legislação nacional não é suscetível de implicar a inversão do ónus da prova que recai sobre o lesado e não altera as condições de isenção do produtor, previstas no artigo 7º da Diretiva 85/374.

29 Nestas condições, há que observar que o direito do consumidor de exigir ao fabricante de um produto informações sobre os efeitos secundários desse produto não faz parte dos aspetos regulados pela Diretiva 85/374 e, conseqüentemente, não está abrangido pelo âmbito de aplicação desta última.

30 Por outro lado, uma legislação nacional que institua esse direito não

deve ser suscetível de prejudicar a efetividade do regime de responsabilidade previsto pela Diretiva 85/374 nem os objetivos prosseguidos pelo legislador da União através deste regime (v., neste sentido, acórdão Dutruieux e caisse primaire d'assurance maladie du Jura, EU:C:2011:869, nº 29).

31 Ora, uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal não põe em causa a efetividade do regime previsto pela Diretiva 85/374 nem os objetivos que esta prossegue.

32 Com efeito, como o advogado geral salientou, no essencial, no nº 46 das suas conclusões, tal legislação nacional visa unicamente colmatar o desequilíbrio significativo que existe entre o fabricante do produto e o consumidor, em detrimento deste último, no que respeita ao acesso à informação relativa a esse produto, e não altera a natureza nem os elementos essenciais do regime de responsabilidade do produtor instituído pela Diretiva 85/374.

33 Por conseguinte, há que responder à questão submetida que a Diretiva 85/374 deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que estabelece um regime especial de responsabilidade na aceção do artigo 13º da referida diretiva, o qual, na sequência de uma alteração dessa legislação que ocorreu posteriormente à data da notificação desta diretiva ao Estado-Membro em causa, prevê que o consumidor tem o direito de exigir ao fabricante do produto farmacêutico

informações sobre os efeitos secundários desse produto.

Quanto às despesas

34 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

A Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, conforme alterada pela Diretiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de maio de 1999, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que estabelece um regime especial de responsabilidade na aceção do artigo 13.º da referida diretiva, o qual, na sequência de uma alteração dessa legislação que ocorreu posteriormente à data da notificação desta diretiva ao Estado-Membro em causa, prevê que o consumidor tem o direito de exigir ao fabricante do produto farmacêutico informações sobre os efeitos secundários desse produto.

Assinaturas

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo: 919/13.9TVLSB.L1.S1

Nº Convencional: 7ª SECÇÃO

Relator: GRANJA DA FONSECA

Descritores:

**CONTRATO DE SEGURO
SEGURO DE VIDA
SEGURO DE ACIDENTES PESSOAIS
SEGURO FACULTATIVO
CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL
AUTONOMIA PRIVADA
REPETIÇÃO DO INDEVIDO
ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

Data do Acórdão: 04-12-2014

Votação: UNANIMIDADE

Área Temática:

**DIREITO CIVIL – DIREITO DAS
OBRIGAÇÕES / FONTES DAS
OBRIGAÇÕES / CONTRATOS /
ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.
DIREITO DOS SEGUROS –
CONTRATO DE SEGURO / SEGURO
DE VIDA / SEGURO DE ACIDENTES
PESSOAIS.**

Doutrina:

– Almeida e Costa, **Direito das Obrigações**, 5ª edição, página 406
– José Vasques, **Contrato de Seguro**, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 30-31.
– Moitinho de Almeida, **O contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**, Livraria Sá da Costa, 1971, pp. 23-24.

Legislação Nacional:

CÓDIGO CIVIL (CC): – ARTIGOS 397º, 405º, 473º, Nºs 1 E 2, 476º, Nº 1.

DECRETO – LEI Nº 72/2008, DE 16 DE ABRIL (LCS): – ARTIGOS 2º, Nº 2, 4º, 32º, Nº 2.

Jurisprudência Nacional:

**ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
– DE 10/07/2008, PROCESSO Nº 08B1846, EM WWW.DGSI.PT.**

Sumário:

I – Contrato de seguro é aquele em que uma das partes (segurador) se obriga, contra o pagamento de certa importância (prémio), a indemnizar outra parte (segurado ou terceiro) pelos prejuízos resultantes da verificação de determinados riscos.

II – Muito embora se trate de um contrato de adesão – na medida em que as cláusulas gerais são elaboradas sem prévia negociação individual –, nada obsta a que se aplique a regra geral da prevalência da autonomia privada, segundo a qual as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos, desde que não colidam com normas de natureza imperativa.

III – O contrato de seguro é regulado: 1º) pelas disposições particulares e gerais constantes da apólice, desde que não proibidas por lei; 2º) na sua falta ou insuficiência, pelas disposições da LCS (DL nº 72/2008, de 16-04); 3º) na falta de previsão destas, pelas regras gerais previstas no Código Comercial e no Código Civil.

IV – A apólice dos contratos de seguro contém (i) condições gerais, que se aplicam a todos os contratos de seguro de um mesmo ramo ou modalidade, (ii) condições especiais, que completando ou especificando as condições gerais são de aplicação generalizada a determinados

contratos do mesmo tipo, e (iii) condições particulares, que se destinam a responder em cada caso às circunstâncias específicas do risco a cobrir.

V – As cláusulas particulares, especificamente acordadas, prevalecem sobre as cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes.

VI – Constando do artigo 2º das Condições Gerais que «o seguro garante a cobertura dos riscos identificados nas condições particulares verificados no exercício da actividade profissional, da actividade extra-profissional ou de ambas...» (nº 1) e que podem ser contratadas as seguintes coberturas «(i) morte por acidente; (ii) morte por acidente de viação e (iii) invalidez permanente», resulta que ficam garantidos pelo contrato de seguro os riscos – de entre os enunciados nessas condições gerais – que ficarem expressamente identificados nas condições particulares (e não os riscos descritos nas condições gerais não expressamente excluídos nas condições particulares, como entendeu a Relação).

VII – Só tendo sido efectivamente contratadas, nas condições particulares, as coberturas de morte e invalidez permanente, fica excluída a cobertura de morte por acidente de viação, apesar de prevista nas condições gerais.

VIII – A repetição do indevido comporta dois tipos de situações: – casos em que se cumpre uma obrigação objectivamente inexistente; – hipóteses de cumprimento de uma obrigação alheia, na convicção errónea de que se trata de dívida própria ou de que se está vinculado para com devedor a esse cumprimento.

IX – Se a seguradora apenas era responsável para com a ré no pagamento de € 50 000, mas lhe pagou € 100 000, a pretensão de enriquecimento valerá quanto à diferença.

Decisão Texto Integral: Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

1.

AA – Companhia de Seguros, S.A., intentou esta acção declarativa de condenação com processo ordinário contra BB, peticionando a condenação da Ré a pagar-lhe a quantia de € 50.000, acrescida de juros vincendos à taxa legal de 5% desde a citação até integral pagamento.

Fundamentando a sua pretensão, alega, em síntese, que, na sequência de sinistro, pagou à Ré cinquenta mil euros por uma cobertura que não estava abrangida no contrato de seguro.

A Ré contestou, alegando que as coberturas contratadas abrangem a morte por acidente, a morte por acidente de viação e a invalidez permanente, pelo que a Ré deve ser absolvida do pedido.

Proferido o despacho saneador e elaborado o despacho de condenação, procedeu-se a julgamento, tendo sido proferida sentença, que, julgando a acção procedente por provada, condenou a Ré a pagar à Autora a quantia de € 50.000, acrescida de juros à taxa legal de 4% desde a citação (27/05/2013) até integral pagamento.

Inconformada, apelou a Ré, tendo o Tribunal da Relação, na procedência da apelação, revogado a sentença e absolvido a Ré do pedido.

Agora, é a autora que, não se conformando com a decisão, recorre de

revista para o Supremo Tribunal de Justiça, pretendendo a revogação do acórdão recorrido e, concluindo como na sentença da 1ª instância, considera que a acção deverá ser julgada procedente por provada e, consequentemente, deverá a ré/recorrida ser condenada no pedido.

Defendendo a sua pretensão, finaliza as alegações com as seguintes conclusões:

1ª – O Acórdão recorrido, ao decidir como decidiu, partiu do axioma de que todas as coberturas referidas em condições gerais estão garantidas excepto se forem expressamente excluídas nas condições particulares do contrato individual ou concreto.

2ª – Tal axioma não tem o menor acolhimento, sobretudo no contrato dos autos que está estruturado exactamente da forma oposta: as condições gerais enumeram os riscos ou coberturas que podem ser garantidas, ficando abrangidas pelo contrato concreto aquelas que forem enumeradas nas condições particulares.

3ª – Na proposta de seguro o tomador quis garantir e escolheu apenas duas coberturas de entre várias que ali estavam assinaladas como possíveis.

4ª – Nas condições particulares surgem de forma positiva como garantias duas coberturas, a saber: despesas de tratamento em Portugal por acidente; morte ou invalidez permanente por acidente.

5ª – Nenhuma outra das coberturas enumeradas nas condições gerais foi escolhida pelo tomador do contrato ou consta das condições particulares, pelo que não se pode ter como garantida, no contrato dos autos, pela ora recorrente.

6ª – A interpretação dada pelo Acórdão recorrido, para além de

violar directamente o próprio texto do contrato, muito em especial o que é referido nos pontos 13 e 14, mas também 15, 17 e 18 da matéria de facto assente, não tem a menor correspondência nesse texto, mesmo que este estivesse «imperfeitamente expresso».

7ª – E nem a recorrida pretendeu que o contrato tivesse a abrangência que o Acórdão recorrido lhe dá, sem o que não teria deixado de exigir da ora recorrente também as despesas com o funeral do seu malgrado filho.

8ª – Foram violadas as normas dos artigos 236º, 238º, 239º, 405º e 406º do Código Civil e dos artigos 10º e 11º do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, e legislação que alterou este.

A Ré contra – alegou, defendendo a confirmação do acórdão recorrido, finalizando as alegações com as seguintes conclusões:

1ª – No entender da recorrida, o presente recurso deve improceder totalmente porque o douto Acórdão proferido faz uma correcta interpretação de toda a factualidade assente em 1ª instância, e por si invocada.

2ª – De igual modo, considera que é correcto o entendimento do douto Acórdão recorrido quando conclui que como «nenhuma exclusão consta quanto ao âmbito dos riscos cobertos nas condições gerais», «todos os riscos cobertos nas condições gerais estão segurados».

3ª – Não lobrigando em que aspecto possa carecer de “absoluto fundamento” o entendimento dos Venerandos Desembargadores de que se «nenhuma exclusão consta quanto ao âmbito dos riscos cobertos nas condições gerais», «todos os

riscos cobertos nas condições gerais estão segurados».

4ª – Porque a verdade é que as seguradoras recorrem exactamente às exclusões quando não pretendem abranger no «âmbito dos riscos cobertos nas condições gerais» das suas apólices, algumas situações que consideram mais gravosas.

5ª – Assim, a regra, que a recorrente procura, existe, e são as seguradoras que a estabelecem, porque quando as seguradoras não pretendem aceitar o que garantem no «âmbito dos riscos cobertos nas condições gerais», excluem.

6ª – Ora, no caso presente, nas condições gerais do seguro que a recorrente celebrou com a Fundação da Faculdade CC, e relativamente às coberturas que podem ser contratadas, como salienta o douto Acórdão, no nº 3, afirma-se, expressa e claramente:

“O que está seguro:

Morte por acidente;

Pagamento do capital seguro em caso de morte por acidente;

Morte por acidente de viação

Pagamento de **um** capital adicional de montante igual ao do capital seguro pela cobertura de morte por acidente em caso de morte por acidente de viação”.

Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir:

2.

As Instâncias consideraram provados os seguintes factos:

1º – Entre a DD – Companhia de Seguros, S.A., antecessora da Autora e a Fundação da Faculdade CC, foi celebrado um contrato de seguro do ramo acidentes pessoais, no qual figurava como pessoa

segura EE o qual foi titulado pela apólice nº AP....

2º – Contrato que foi feito em benefício do EE, pelo facto de este desempenhar funções docentes naquela Faculdade.

3º – O referido EE não teve nenhuma intervenção na celebração do contrato referido em 1º.

4º e 5º – Este faleceu às 4.30 horas do dia 25 de Junho de 2011, em consequência de acidente de viação, ocorrido cerca das 3.15 horas desse dia, ao Km 258,909 da A – 1, em Estarreja.

6º – O EE deixou como únicos e universais herdeiros a sua mãe, ora Ré e seu pai FF.

7º – O seu pai, FF, repudiou a herança do seu falecido filho através de escritura lavrada em 26/09/2011.

8º – O FF não tinha descendentes.

9º – Em 16/11/2011, a ora Autora enviou à Ré, através da tomadora do seguro, Fundação da Faculdade CC, um recibo de indemnização para pagamento das suas responsabilidades emergentes do falecimento do FF.

10º – Tais serviços inscreveram no referido recibo de indemnização a quantia de € 100.000;

11º – Quantia que efectivamente veio a ser entregue pela Autora à Ré.

12ª – As condições particulares e gerais do acordo referido em 1º são as constantes de fls. 5º a 12º.

13º – Nos termos do artigo 2º, nº 1 das Condições Gerais, «o seguro garante a cobertura dos riscos identificados nas Condições Particulares, verificados no exercício da actividade profissional, da actividade extraprofissional ou de ambas,

conforme também indicado nas referidas Condições Particulares»;

14º – Acrescentando-se no nº 3 quais «as coberturas que podem ser contratadas».

15º – Consta das Condições Particulares relativas à apólice dos autos que foram transferidos para a ora Autora os riscos de Morte ou Invalidez Permanente por Acidente, com um capital seguro de € 50.000 e de Despesas de Tratamento em Portugal por Acidente, com capital seguro de 5.000 euros.

16º – Sendo que através das Cláusulas Particulares aplicáveis a tal apólice, ficou «convencionado que as garantias são válidas no âmbito da Actividade Profissional e Extraprofissional da Pessoa Segura».

17º – Mediante o risco de Morte ou Invalidez Permanente por Acidente, a antecessora da Autora assumiu o pagamento «de um capital por morte ou por invalidez permanente, determinado nos mesmos termos das coberturas “Morte por Acidente” ou “Invalidez Permanente por Acidente”, “Morte ou Invalidez Permanente por Acidente” (cfr. artigo 2º, ponto 3.1.

18º – Sendo que na cobertura de “Morte por Acidente” garantia-se o «pagamento do capital seguro em caso de morte por acidente – cfr. o artigo 2º, ponto 3.1, «Morte Por Acidente».

19º – Nos termos do artigo 11º, nº 1, das ditas Condições Gerais, «os Beneficiários do contrato em caso de morte da Pessoa Segura são os designados nas Condições Particulares, ou na falta dessa designação, os herdeiros da Pessoa Segura».

20º – E nenhum beneficiário foi designado nas Condições Particulares.

21º – Nenhum outro risco, condição ou cláusula foi acordado entre a antecessora da Autora e a Fundação da Faculdade CC.

22º – Menos ainda foi acordado coisa diferente com o FF.

23º – A Autora contactou por diversas vezes a Ré no sentido de lhe devolver o valor de € 50.000.

24º – A Ré nunca o fez.

3.

3.1.

Sendo o objecto do recurso delimitado pelas conclusões da Recorrente, a questão que se coloca é a de saber se o contrato de seguro, celebrado entre a Fundação da Faculdade CC, na qualidade de tomadora, e a Ré, na qualidade de seguradora, tendo como pessoa segura o FF, tinha como coberturas os riscos de Morte ou Invalidez Permanente por acidente, com um capital seguro de € 50.000 ou se as coberturas abrangiam também os riscos de morte por acidente de viação.

3.2.

A sentença fundamentou a sua decisão, assentando nos seguintes elementos estruturantes:

1 – A Fundação da Faculdade de Ciências, na qualidade de tomadora, e a Ré, na qualidade de seguradora, celebraram um contrato de seguro que teve, como pessoa segura, o FF e como coberturas os riscos de Morte ou Invalidez Permanente por acidente, com um capital seguro de € 50.000.

2 – Tendo o FF falecido, em 25/06/2011, em consequência de um acidente de viação, a Ré veio a pagar à mãe e herdeira deste, a quantia de cem mil euros.

3 – Essa quantia foi entregue com base num pressuposto errado, qual seja o de que o contrato de seguro cobria o risco de morte por acidente de viação quando tal cobertura não foi contratada.

4 – Apesar das Condições Gerais do contrato preverem vários tipos de cobertura, (morte por acidente, morte por acidente de viação, invalidez permanente por acidente), o certo é que só foram contratadas as coberturas de morte ou invalidez permanente por acidente e as despesas de tratamento em Portugal.

5 – Com efeito, as cláusulas particulares prevalecem sobre as cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes.

3.2.

Por sua vez, o acórdão assentou nos seguintes elementos estruturantes:

1 – Os contratos de seguro contêm cláusulas que constituem as condições gerais, cláusulas que constituem as condições particulares e cláusulas que constituem as condições especiais.

2 – As cláusulas insertas nas condições gerais aplicam-se a todos os contratos do mesmo tipo, salvo se ao contrato for aposta cláusula que expressamente exclua qualquer condição geral.

3 – Como «nenhuma exclusão consta quanto ao âmbito dos riscos cobertos nas condições gerais», «todos os riscos cobertos nas condições gerais estão segurados».

4 – Assim, as coberturas contratadas incluem «a morte por acidente de viação», atendendo a que se encontra expressa a contratualização desse risco, no âmbito das condições gerais e nenhuma exclusão consta quanto ao âmbito dos riscos cobertos nas condições gerais.

4.

4.1.

A problemática do contrato de seguro:

O legislador não definiu o contrato de seguro, deixando ao intérprete a tarefa de deduzir esse conceito a partir dos seus elementos integradores.

Moitinho de Almeida, depois de recordar a definição do artigo 1538º do Código Civil de 1867 e de registar diversas noções doutrinárias e legais estrangeiras, identifica os elementos essenciais que do seu ponto de vista caracterizam o contrato de seguro, para deles extrair a seguinte definição:

O contrato de seguro é “aquele em que uma das partes, o segurador, compensando segundo as leis da estatística um conjunto de riscos por ele assumidos, se obriga, mediante o pagamento de uma soma determinada a, no caso de realização de um risco, indemnizar o segurado pelos prejuízos sofridos, ou, tratando-se de evento relativo à pessoa humana, entregar um capital ou renda ao segurado ou a terceiro, dentro dos limites convencionalmente estabelecidos, ou a dispensar o pagamento dos prémios tratando-se de pretensão a realizar em data determinada^[1]”.

O “contrato de seguro” poderá, pois, definir-se como aquele em que uma das partes (segurador) se obriga contra o pagamento de certa importância (prémio), a indemnizar outra parte (segurado ou terceiro), pelos prejuízos resultantes da verificação de determinados riscos.

O regime do contrato de seguro achava-se, até há pouco, contido nos artigos 425º e seguintes do Código Comercial, encontrando-se diversos aspectos regulados em diplomas avulsos atinentes à actividade seguradora.

Entretanto, em 1/01/2009, entrou em vigor um novo regime jurídico do contrato de seguro, aprovado pelo Decreto – Lei nº 72/2008, de 16 de Abril (regime doravante designado abreviadamente por LCS), o qual, por via do sinistro ter ocorrido já depois da entrada em vigor do referido diploma, é aplicável ao caso dos autos (vide artigo 2º, nº 2 do citado DL).

O contrato de seguro continua a ser considerado como um contrato consensual e formal: consensual porque se realiza por via do simples acordo das partes; formal porque o segurador é obrigado a formalizar o contrato num instrumento escrito, que se designa por apólice de seguro, e a entregá-lo ao tomador de seguro (vide artigo 32º, nº 2da LCS), dependendo, portanto, a sua validade da redução a escrito da apólice.

Muito embora se trate de um contrato de adesão, na medida em que as cláusulas gerais são elaboradas sem prévia negociação individual e a cujos termos o segurado (ou tomador de seguro) se terá de subordinar, nada obsta a que se aplique a regra geral do regime contratual que é o da autonomia da vontade, segundo o qual as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos (artigo 405º do Código Civil), excepto se colidir com normas de natureza imperativa quer relativa quer absoluta.

Deste modo, o contrato de seguro é essencialmente regulado pelas disposições particulares e gerais constantes da respectiva apólice, não proibidas por lei, e na sua falta ou insuficiência, pelas disposições aplicáveis da LCS, ou na falta de previsão destas, pela aplicação dos regimes gerais previstos no Código Comercial e no Código Civil (vide artigo 4º da LCS).

4.2.

Relação jurídica firmada entre as partes:

Ficou assente que a Fundação da Faculdade CC, na qualidade de tomadora e a Ré, na qualidade de seguradora, celebraram um contrato de seguro do ramo acidentes pessoais, no qual figurava como pessoa segura o referido FF, sendo o contrato titulado pela apólice nº AP

Este contrato foi feito em benefício do FF pelo facto de este desempenhar funções docentes naquela Faculdade.

Como acima referimos, a apólice dos contratos de seguro contém cláusulas que constituem as condições gerais, cláusulas que constituem as condições especiais e cláusulas que constituem as condições particulares.

Segundo José Vasques^[2], condições gerais são as que se aplicam a todos os contratos de seguro de um mesmo ramo ou modalidade. Condições especiais são as que, completando ou especificando as condições gerais, são de aplicação generalizada a determinados contratos de seguro do mesmo tipo. Condições particulares são as que se destinam a responder em cada caso às circunstâncias específicas do risco a cobrir.

Significa isto que as condições gerais enumeram os riscos ou coberturas que potencialmente podem ser garantidas, ficando abrangidas pelo caso concreto aquelas que forem enumeradas nas condições particulares.

Com efeito, as cláusulas particulares especificamente acordadas prevalecem sobre as cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes^[3].

Salvo o devido respeito, o entendimento perfilhado no acórdão recorrido, de que as condições gerais se aplicam a todos os contratos do mesmo tipo, salvo se ao contrato for aposta cláusula que expressamente exclua qualquer condição geral, não merece o nosso acolhimento.

Este entendimento parte de um axioma que não existe e que carece em absoluto de fundamento, violando, para além do mais, o que a seguradora e o tomador do seguro quiseram e na realidade contrataram.

Efectivamente, não existe regra que determine que todas as coberturas descritas nas condições gerais de um determinado tipo de seguro são aplicáveis aos contratos individuais celebrados no seu âmbito, salvo aquelas que sejam expressamente excluídas.

Por outro lado, basta atentar no presente contrato de seguro e nas condições gerais que constituem o documento de fls. 6 a 12 dos autos, para que se possa concluir que a estrutura deste é exactamente o contrário do que o acórdão recorrido realça.

Consta do artigo 2º, nº 1 das Condições Gerais que “o seguro garante a cobertura dos riscos identificados nas Condições Particulares verificados no exercício da actividade profissional, da actividade extra – profissional ou de ambas, conforme também indicado nas referidas Condições Particulares”.

Segundo dispõe o nº 3 deste artigo 2º das Condições Gerais, podem ser contratadas as seguintes coberturas: (i) Morte por Acidente; (ii) Morte por Acidente de Viação e (iii) Invalidez Permanente por Acidente.

Ou seja, o contrato de seguro dos autos estrutura-se de forma exactamente

oposta ao axioma adoptado no acórdão recorrido. Ficaram garantidos, não os riscos descritos nas condições gerais não expressamente excluídos nas condições particulares, mas os riscos, de entre os enunciados nessas condições gerais, que ficaram expressamente identificados nessas condições particulares.

Aliás, na proposta de seguro, o tomador quis garantir e escolheu apenas duas coberturas de entre várias que nas condições gerais estavam assinaladas como possíveis, pelo que, como muito bem assinala a recorrente, nas condições particulares surgem de forma positiva como garantidas duas coberturas, ou seja, despesas de tratamento em Portugal, por acidente e morte ou invalidez permanente por acidente.

Nenhuma outra das coberturas enumeradas nas condições gerais foi escolhida pelo tomador do contrato ou consta das condições particulares, pelo que se não pode ter como garantida, no contrato dos autos, pela Seguradora.

Face a esta proposta e às condições particulares da apólice, em que, sob a epígrafe «coberturas, capitais, franquias e períodos de carência, se enumeram exclusivamente as coberturas de «Despesas de Tratamento Portugal Acidente 5.000,00 sem franquia e «Morte ou Invalidez Permanente Acidente – 50.000,00», teremos de concluir que nem todos os riscos cobertos nas condições gerais estão segurados.

A interpretação dada pelo acórdão recorrido, para além de violar directamente o próprio texto do contrato, (ver pontos 13º, 14º, 15º, 17º e 18º da matéria de facto assente), não tem a menor correspondência

nesse texto, mesmo que este estivesse imperfeitamente expresso.

Se o contrato tivesse a abrangência que o acórdão lhe confere e que a recorrida consagra nas contra – alegações, não se entende por que não foram peticionadas, nomeadamente, as despesas com o funeral do seu malogrado filho, a par de outras coberturas incluídas nas condições gerais.

Em suma, apesar das Condições Gerais do contrato preverem vários tipos de coberturas, só foram contratadas as coberturas de morte ou invalidez permanente por acidente e as despesas de tratamento em Portugal. A cobertura de morte por acidente de viação não foi subscrita e contratada.

Deste modo, a autora só deveria ter pago cinquenta mil euros, pelo que a quantia que veio a ser paga à mãe do falecido FF, foi entregue com base num pressuposto errado, qual seja o de que o contrato de seguro cobria o risco de morte por acidente de viação quando tal cobertura não foi contratada.

5.

Repetição do indevido.

O Código Civil, após a enunciação do princípio geral (enriquecimento sem causa), que decorre do nº 1 do artigo 473º, acrescenta, no nº 2 do mesmo preceito, que «a obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa, tem de modo especial por objecto o que for indevidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que se não verificou».

Prevêem-se, assim, três situações especiais de enriquecimento sem causa, numa enumeração, obviamente, exemplificativa.

No caso, importa apurar, em particular, o que se estabelece quanto à repetição do indevido.

A respeito deste regime, de acordo com a lei, importa distinguir dois tipos de situações: a) – um deles abrange os casos em que se cumpre uma obrigação objectivamente inexistente; b) – o outro refere-se às hipóteses de cumprimento de obrigação alheia, mas na convicção errónea de que se trata de dívida própria ou de que se está vinculado para com o devedor a esse cumprimento.

O primeiro tipo de situações referido, que ora nos interessa, reporta-se ao cumprimento de obrigação que não existe, nem relativamente ao que o efectua nem a terceiro, a que se refere o artigo 476º.

Determina o seu nº 1 que, «sem prejuízo do disposto acerca das obrigações naturais, o que for prestado com intenção de cumprir uma obrigação pode ser repetido se esta não existia no momento da prestação».

Explicitando este preceito, refere o Prof. Almeida e Costa^[4] que da referida norma resulta a exigência de três requisitos ou pressupostos para o exercício da pretensão de enriquecimento nela admitida: 1) – que se efectue uma prestação com a finalidade de cumprir uma obrigação; 2) – que essa obrigação não exista na data da prestação; 3) – que a prestação efectuada nem mesmo se relacione com um dos deveres de ordem moral ou social, impostos pela justiça, que originam obrigações naturais.

No tocante ao primeiro pressuposto, a palavra obrigação está aqui utilizada com a amplitude do conceito do artigo 397º. Designa todo o vínculo jurídico, autónomo

ou não autónomo, pelo qual uma pessoa fica adstrita para com outra ao cumprimento de uma prestação.

Quanto ao terceiro pressuposto, é excluída a repetição, desde que haja uma obrigação natural do autor da prestação.

Relativamente ao segundo pressuposto, importa referir que se a obrigação existe, mas com um conteúdo inferior ao da prestação satisfeita, a pretensão de enriquecimento valerá quanto à diferença, pois nesta parte a dívida não existia.

No caso sub judicio, verificam-se os aludidos pressupostos, importando salientar que a seguradora devia € 50.000 à mãe, enquanto herdeira única do malgrado FF, em razão da cobertura dos riscos de morte por acidente mas pagou-lhe € 100.000.

Se lhe devia € 50.000 mas pagou-lhe € 100.000, a pretensão de enriquecimento valerá quanto à diferença, pois nesta parte a dívida não existia.

Decorre do exposto que a Ré deverá ser condenada a restituir à Autora a quantia de cinquenta mil euros.

Os juros devidos são apenas os legais de 4%, a partir da citação (Portaria nº 291/2003, de 8 de Abril).

6.

Sumariando:

I – Contrato de seguro é aquele em que uma das partes (segurador) se obriga, contra o pagamento de certa importância (prémio), a indemnizar outra parte (segurado ou terceiro) pelos prejuízos resultantes da verificação de determinados riscos.

II – Muito embora se trate de um contrato de adesão – na medida em que as cláusulas gerais são elaboradas sem prévia negociação individual –, nada obsta a que

se aplique a regra geral da prevalência da autonomia privada, segundo a qual as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos, desde que não colidam com normas de natureza imperativa.

III – O contrato de seguro é regulado: 1º) pelas disposições particulares e gerais constantes da apólice, desde que não proibidas por lei; 2º) na sua falta ou insuficiência, pelas disposições da LCS (DL nº 72/2008, de 16-04); 3º) na falta de previsão destas, pelas regras gerais previstas no Código Comercial e no Código Civil.

IV – A apólice dos contratos de seguro contém (i) condições gerais, que se aplicam a todos os contratos de seguro de um mesmo ramo ou modalidade, (ii) condições especiais, que completando ou especificando as condições gerais são de aplicação generalizada a determinados contratos do mesmo tipo, e (iii) condições particulares, que se destinam a responder em cada caso às circunstâncias específicas do risco a cobrir.

V – As cláusulas particulares, especificamente acordadas, prevalecem sobre as cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes.

VI – Constando do artigo 2º das Condições Gerais que «o seguro garante a cobertura dos riscos identificados nas condições particulares verificados no exercício da actividade profissional, da actividade extraprofissional ou de ambas...» (nº 1) e que podem ser contratadas as seguintes coberturas «(i) morte por acidente; (ii) morte por acidente de viação e (iii) invalidez permanente», resulta que ficam garantidos pelo contrato de seguro os riscos – de entre os enunciados

nessas condições gerais – que fiquem expressamente identificados nas condições particulares (e não os riscos descritos nas condições gerais não expressamente excluídos nas condições particulares, como entendeu a Relação).

VII – Só tendo sido efectivamente contratadas, nas condições particulares, as coberturas de morte e invalidez permanente, fica excluída a cobertura de morte por acidente de viação, apesar de prevista nas condições gerais.

VIII – A repetição do indevido comporta dois tipos de situações: – casos em que se cumpre uma obrigação objectivamente inexistente; – hipóteses de cumprimento de uma obrigação alheia, na convicção errónea de que se trata de dívida própria ou de que se está vinculado para com devedor a esse cumprimento.

IX – Se a seguradora apenas era responsável para com a ré no pagamento de € 50.000, mas lhe pagou € 100.000, a

pretensão de enriquecimento valerá quanto à diferença.

6.

De tudo quanto se deixa exposto, concedendo a revista, revoga-se o acórdão recorrido, repristinando a sentença.

Custas pela Recorrida.

Lisboa, 4 de Dezembro de 2014

Manuel F. Granja da Fonseca

António Silva Gonçalves

Fernanda Isabel Pereira

^[1] Moitinho de Almeida, O contrato de Seguro no Direito Português e Comparado, Livraria Sá da Costa, 1971, página 23-24.

^[2] Contrato de Seguro, Coimbra Editora, Coimbra, páginas 30-31.

^[3] Neste sentido, Ac. STJ de 10/07/2008, Relator João Camilo, 08B1846.

^[4] Direito das Obrigações, 5ª edição, página 406.

Patrocínio:



Apoio Institucional

