

# Cadernos Jurídicos

Ano 20 – Número 49 – Maio-Junho/2019

## Direito do Consumidor

Estudos em homenagem ao professor  
Paulo Jorge Scartezzini Guimarães



Escola Paulista da Magistratura  
São Paulo, 2019



*Diretor*

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro

*Vice-Diretor*

Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez

*Conselho Consultivo e de Programas*

Desembargador Aroldo Mendes Viotti

Desembargador Eduardo Cortez de Freitas Gouvêa

Desembargador Francisco José Galvão Bruno

Desembargador Hermann Herschander

Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho

Desembargador Tasso Duarte de Melo

Juiz Gilson Delgado Miranda

*Coordenadores da Biblioteca e Revistas*

Desembargador Wanderley José Federighi

Juiz Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

*Coordenadores da edição*

Desembargador Tasso Duarte de Melo

Juiz Alexandre David Malfatti

# **Cadernos Jurídicos**

## **Direito do Consumidor**

**Estudos em homenagem ao professor  
Paulo Jorge Scartezzini Guimarães**

CADERNOS JURÍDICOS / Escola Paulista da Magistratura  
V. 1, nº 1 (2000) - São Paulo: Escola Paulista da Magistratura

---

Bimestral

2000, v. 1 (1 - 2)  
2001, v. 2 (3 - 4 - 5 - 6)  
2002, v. 3 (7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12)  
2003, v. 4 (13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18)  
2004, v. 5 (19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24)  
2005, v. 6 (25)  
2006, v. 7 (26 - 27 - 28)  
2007, v. 8 (29 - 30)  
2008, v. 9 (31)  
2009, v. 10 (32)  
2011, v. 11 (33)  
2012, v. 12 (34 - 35)  
2013, v. 13 (36 - 37)  
2014, v. 14 (38)  
2015, v. 15 (39 - 40 - 41)  
2016, v. 16 (42 - 43 - 44 - 45)  
2017, v. 17 (46)  
2019, v. 18 (47 - 48 - 49)

---

Direito

CDU 34(05)

Jurisprudência

CDU 35(05)

ISSN 1806-5449



**Escola Paulista da Magistratura**  
Rua da Consolação, 1.483 – 1º ao 4º andar  
CEP 01301-100 / São Paulo - SP  
Fones: (11) 3256-6781 / 3257-0356  
[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)  
[imprensaepm@tjsp.jus.br](mailto:imprensaepm@tjsp.jus.br)

1. Plano de saúde. Modalidade individual ou familiar. Cláusula de reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária. Apontamentos sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 - RJ da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, datado de 14.12.2016 (acórdão publicado no DJe 19.12.2016). Análise da tese fixada para os efeitos do artigo 1.040 do Código de Processo Civil <i>Alexandre David Malfatti</i> .....	13
2. Negativa de cobertura de operadoras de planos de saúde para a realização da terapêutica prescrita pelo profissional de medicina ( <i>home care</i> ): um desrespeito ao ato médico no compromisso com a saúde e a qualidade de vida digna do ser humano? <i>Andréia Maura Bertoline Rezende de Lima</i> .....	35
3. A responsabilidade civil solidária dos bancos de dados e cadastros de consumidores pela coleta, arquivamento e divulgação de informações abusivas <i>Cintia Adas Abib</i> .....	51
4. O erro e a responsabilidade civil por ato médico na cadeia de fornecimento <i>Guilherme Ferreira da Cruz</i> .....	63
5. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão crítica, à luz da jurisprudência <i>José Jacob Valente</i> .....	77
6. A publicidade dirigida à criança <i>Juliana Morais Bicudo</i> .....	95
7. Flexibilização da causa de pedir em ações em que se discute erro médico <i>Patricia Bueno Scivittaro</i> .....	113
8. Responsabilidade civil por fato do produto ou serviço: reflexões referentes à aplicabilidade da classificação das obrigações de meios, resultado e garantia <i>Paulo Henrique Ribeiro Garcia</i> .....	125
9. Comércio eletrônico e direito de arrependimento: aplicabilidade do art. 49 do CDC à compra de passagens aéreas pela internet <i>Ricardo Dal Pizzol</i> .....	143
10. Cláusula atenuadora de responsabilidade <i>Sérgio Shimura e Tasso Duarte de Melo</i> .....	169
11. Bancos de dados e cadastro de consumidores <i>Tasso Duarte de Melo</i> .....	185



## Apresentação

Com imensa satisfação apresentamos a edição dos *Cadernos Jurídicos* de Direito do Consumidor, com excelentes artigos produzidos por Magistrados integrantes dos Núcleos de Estudos em Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura.

Esta obra é uma homenagem ao juiz Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, saudoso colega, juiz humano, jurista de escol e grande professor, que muito colaborou com a Escola Paulista da Magistratura e nos deixou de forma precoce e inesperada.

O professor Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, para além das suas qualidades pessoais, era graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (1989), mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2003), professor de Direito Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie, coordenador do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* - Direito Civil/Processo Civil da Atame/Faculdade Cândido Mendes Rio de Janeiro (Brasília, Goiânia e Cuiabá), professor do Curso LL.M. em Direito dos Contratos pela Ibemec-São Paulo, professor do Curso de Pós-Graduação da GVLaw-São Paulo e professor formador da Escola Paulista da Magistratura.

Entre as suas principais obras publicadas, destacam-se *Contratos de hospedagem de transporte de passageiros e de turismo* (Saraiva, 2010), *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança* (Revista dos Tribunais, 2007) e *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam* (Revista dos Tribunais, 2007).

Os dois primeiros Núcleos de Estudos abordaram os temas dos Contratos de Consumo e da Responsabilidade Civil tal e qual disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, proporcionando o seu estudo à luz das mais recentes doutrinas e da jurisprudência, especialmente dos Tribunais Superiores e do nosso Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os artigos apresentados neste Caderno também estão em sintonia com os trabalhos do Curso de Especialização em Direito do Consumidor e de tantas outras iniciativas acadêmicas oferecidas na Escola Paulista da Magistratura no campo do Direito do Consumidor, razão pela qual se espera possam contribuir tanto na pesquisa acadêmica quanto nas pesquisas diárias imprescindíveis ao bom exercício da atividade jurisdicional.

No tema dos contratos os artigos abordam a cláusula atenuadora de responsabilidade, a desconsideração da personalidade jurídica, a publicidade dirigida à criança e o direito de arrependimento no comércio eletrônico, especialmente na aquisição de bilhetes de passagens aéreas.

Já no campo da responsabilidade civil, os artigos abordam o fato do produto e do serviço, os bancos de dados e os cadastros de consumidores. Há ainda artigos específicos na área da saúde, que analisam a conduta médica e os planos de saúde, com temas especialmente relacionados às coberturas securitárias e os reajustes por faixa etária.

Estes artigos refletem a exitosa experiência dos Núcleos de Direito do Consumidor e destacam a profundidade da contribuição acadêmica de cada articulista.

***Tasso Duarte de Melo e Alexandre David Malfatti***

Coordenadores do 1º e do 2º Núcleos de Estudos em Direito do Consumidor da EPM





## Homenagem ao professor Paulo Jorge Scartezzini Guimarães<sup>1</sup>

*Paulo Henrique Ribeiro Garcia*<sup>2</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Loureiro, Digníssimo Diretor desta Escola Paulista da Magistratura, cuja erudição e cultura são de conhecimento público – exemplar magistrado que muito dignifica a tradição da Justiça Bandeirante.

Excelentíssimos Coordenadores da área de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura, Desembargador Sérgio Shimura e Juiz Alexandre David Malfatti, portadores de predicados que orientam nossos magistrados, servidores e alunos.

Nas pessoas de Vossas Excelências permito-me saudar, ainda, as autoridades aqui presentes, Eminentíssimos Ministros, Desembargadores e Juizes, representantes do Ministério Público, Procuradores do Estado, Defensores Públicos, Advogados, bem como nossos estimados funcionários e todos os demais presentes.

Aos familiares de Paulo Jorge, meus respeitosos cumprimentos! Sei que o Prof. Paulo Jorge Scartezzini Guimarães não era afeito a homenagens. Estaria a dizer: – Nada disso é necessário! E faria ainda severas reclamações junto ao Prof. Alexandre David Malfatti pela idealização. Depois de se conformar, acredito que me repreenderia: – Termine logo para ouvirmos a palestra! Também seria enfático: – Seja afável com minha mãe! Por fim: – Encoraje as minhas meninas a perseguir seus sonhos! E sei que dentre as meninas estaria a incluir não somente a Bia, a Cecília, a Leticia e a Catarina, como também a Elaine, a Lucia e a Patrícia. Meu desejo hoje é não desapontá-lo.

Certamente, nossa primeira opção não seria estar aqui nesta homenagem. Preferiríamos comemorar juntos as vitórias e realizações do Prof. Paulo Jorge.

A inevitabilidade da perda, contudo, tornou a homenagem de hoje um momento em que os queridos do Prof. Paulo Jorge não gostariam de se ausentar. A maior prova disso é este auditório lotado.

Em sessão administrativa do Órgão Especial da última quarta-feira, mais precisamente na data de dezesseis de maio de 2018, deliberou-se a respeito do provimento dos cargos das Varas de Direito Empresarial e de conflitos relacionados à arbitragem da Comarca da Capital.

Esse fato me fez voltar a outubro de 2017, quando o Paulo Jorge conversava conosco a respeito de assuntos não tão próximos do nosso Direito do Consumidor. Em pauta, estavam temas como: dissolução de sociedade, acordo de acionistas, apuração de haveres, propriedade industrial. E não se falava tanto em Claudia Lima Marques, Bruno Miragem, Herman Benjamin ou Nelson Nery Junior, mas sim em Calixto Salomão, Paula Forgioni,

---

<sup>1</sup> Discurso proferido na abertura do ciclo de palestras “Direito do Consumidor – estudos em homenagem ao professor Paulo Jorge Scartezzini Guimarães”, realizado na EPM nos dias 21, 22 e 23 de maio de 2018.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Civil/USP – Especialista em Direito de Consumidor/EPM – Professor Assistente do Curso de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura – Professor Convidado na Pós-Graduação do Curso de Especialização em Direito Imobiliário da PUC/COGEAE – Professor Convidado na Pós-Graduação em Direito do Consumidor da FAAP.

Fabio Ulhoa Coelho, Modesto Carvalhosa, dentre outros tantos comercialistas. Era esse o então novo desafio de Paulo Jorge: candidatar-se-ia a uma das vagas das varas empresariais de concurso iminente e de maneira antecipada já se preparava, com árdua dedicação, para esse novo mister. Pouco tempo antes, havia concluído curso de especialização em Direito Societário no INSPER.

Muitos aqui foram conselheiros nessa decisão. Hoje, finalizado o concurso, temos ciência que Paulo Jorge teria condições de alcançar êxito nessa jornada. Mas, em novembro de 2017, fomos todos surpreendidos! Tal qual ocorre com aqueles grandes acidentes de consumo, aqueles de grande repercussão. Uma situação inesperada e indesejada, que pega a todos de surpresa. Uma situação que nos faz calar, refletir e chorar.

Lembro desse episódio relativo à pretensão de uma das varas de direito empresarial, pois revela um dos muitos predicados do Prof. Paulo Jorge: a dedicação!

Esse é o primeiro ponto a ser destacado nesta homenagem: a dedicação – a maneira dedicada que o Prof. Paulo Jorge Scartezini Guimarães cumpria seus compromissos.

Muito disso tem reflexo na educação que recebeu de dona Amazilis, mãe de Paulo Jorge! Mãe, que, em nossa última conversa, se lembrou de seu rigor em sempre exigir do filho a leitura dos livros escolares. Um rigor na medida certa, pois, como toda boa mãe, confessou que, em algumas vezes, a brandura era o norte e, assim, ela própria acabava por contar o teor daquelas histórias referente a um ou outro livro que o filho não havia lido. E hoje, juntos, podemos reconhecer a vitória dessa mãe, pois, crescido o menino, compreendeu que a partir de certo momento caberia a ele realizar suas próprias leituras e isso o acompanhou em todos os momentos da vida.

A intensa dedicação marcou o estudo acadêmico, o preparo das aulas, a elaboração dos livros e artigos publicados, e, por óbvio o trabalho de magistrado que nunca foi prejudicado. Bacharel em Direito pela FMU, tornou-se Mestre pela PUC e doutor pela USP. Não bastasse, mesmo após essas conquistas, continuou a estudar, tanto que cursou especialização em direito empresarial no INSPER e era comum participar como ouvinte de palestras, congressos e cursos de aperfeiçoamento. Dedicação! Um professor que nunca se apoiou em seus títulos. Nunca deixou de estudar! Nunca deixou de considerar com respeito o posicionamento contrário. Enfim, nunca deixou de ter o espírito de aluno.

Essa dedicação, como característica do Prof. Paulo Jorge Scartezini Guimarães, o levou ao patamar da relevância. Alguém de grande valor. E esse é o segundo ponto de minha palavra: uma constatação, a relevância do Prof. Paulo Jorge Scartezini Guimarães.

Esse reconhecimento do trabalho do Prof. Paulo Jorge é comprovado por sua citação bibliográfica nos principais livros do direito do consumidor do Brasil. Sua doutrina é ainda fundamento de inúmeras sentenças, acórdãos de Tribunais de Justiça e também do Superior Tribunal de Justiça, como, por exemplo, o RESP 578.777-RJ, em que o ensinamento do Prof. Paulo Jorge foi um dos importantes fundamentos do julgado. Alcançou, por fim, o magistério em renomadas instituições de ensino: Mackenzie, INSPER, Fundação Getulio Vargas, PUC, EPM, além da participação como palestrante em diversos congressos, seminários e simpósios.

Uma característica: a dedicação. Uma constatação: a relevância. Um resultado: o legado. O Prof. Paulo Jorge nos deixou muito.

Faço, primeiro, menção aos seus livros: *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato* (Saraiva, 2008);

*A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam; Revista dos Tribunais* (2001); *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo* (Saraiva, 2007).

Inúmeros artigos também podem ser lidos, a fim de revelar o pensamento jurídico do Prof. Paulo Jorge: “Responsabilidade civil das agências de turismo e dos hotéis”, in *Responsabilidade Civil nas relações de consumo* (org. Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2009); “Cessão de crédito”, in *Obrigações* (coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, Atlas, São Paulo, 2011); “Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo, em caso de descumprimento contratual”, *Revista de Direito Privado* n. 63, jul./set./2015, São Paulo, *Revista dos Tribunais*; “Inaplicabilidade da Lei 8009/90 nas obrigações decorrentes de atos ilícitos”, *Revista da Associação Paulista do Ministério Público* N° 25, 1999; “A informação ao consumidor e a responsabilidade civil solidária”, *Revista de Direito do Consumidor* N° 38, 2001, São Paulo, *Revista dos Tribunais*; “A responsabilidade das instituições de ensino superior pelo vício no serviço prestado”, *Revista de Direito do Consumidor* N° 40, 2001, São Paulo, *Revista dos Tribunais*; “A comissão de permanência cobrada pelos bancos frente ao Código de Defesa do Consumidor”, *Revista dos Tribunais* n° 781, nov./2000, São Paulo, *Revista dos Tribunais*.

Até o presente momento fiquei restrito ao caráter profissional acadêmico de Paulo Jorge Scartezini Guimarães. Mas o maior legado por ele deixado certamente foi fruto de sua amizade, de sua lealdade, de seu companheirismo. De invadir nossas vidas não como um simples amigo, mas como um irmão, para alguns um irmão mais velho, para outros mais novo, mas sempre como um irmão.

Termino minhas palavras aos irmãos-amigos do Prof. Paulo Jorge Scartezini Guimarães: nós somos o maior legado dele. Nossa homenagem é prosseguirmos todos com o espírito fraterno e humano que ele construiu por meio de sua vida e nos impulsionou a estarmos hoje aqui.



**Plano de saúde. Modalidade individual ou familiar. Cláusula de reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária.**

**Apontamentos sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, datado de 14.12.2016 (acórdão publicado no DJe 19.12.2016). Análise da tese fixada para os efeitos do artigo 1.040 do Código de Processo Civil**

*Alexandre David Malfatti<sup>1,2</sup>*

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

## **1. O consumidor idoso no Brasil: aspectos gerais**

O interesse pelo julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça julgado em 14.12.2016 (acórdão publicado no DJe 19.12.2016) resulta da sua importância para os contratos de assistência à saúde – seguro saúde ou plano de saúde – destinados aos consumidores idosos.

Inicialmente, cumpre destacar a figura do idoso enquanto consumidor.

No Brasil, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) anunciou recentemente que a população idosa triplicará, considerados os dados de comparação entre 2010 (19,6 milhões de pessoas ou 10% da população total) e 2050 (66,5 milhões de pessoas ou 29,3% da população total)<sup>3</sup>. Essa nova realidade demográfica chama atenção de todos governantes, inclusive para formulação de políticas públicas – sociais, econômicas e da saúde. A cada ano mais de 650 pessoas são incorporadas à população idosa. O envelhecimento da população exige uma conscientização dos políticos e dos demais atores da sociedade.

---

<sup>1</sup> Especialista em Processo pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenador da Área de Direito do Consumidor na Escola Paulista da Magistratura (EPM). Coordenador do Núcleo de Direito de Consumidor na EPM. Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Consumidor na EPM. Palestrante em “Cursos de Especialização” e “Cursos de Formação Inicial e Formação Continuada de Magistrados” e autor de obras jurídicas nas áreas de Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.

<sup>2</sup> O presente trabalho inspirou-se e fundamentou-se nos estudos desenvolvidos durante a programação do 2º Núcleo de Estudos de Direito do Consumidor, evento promovido pela Escola Paulista da Magistratura e destinado a magistrados do Tribunal de Justiça de São Paulo interessados na discussão de temas do Direito do Consumidor.

<sup>3</sup> Destaca-se o segundo capítulo no seguinte trecho: “O aumento contínuo do grupo populacional que compõe a cognominada terceira idade é uma realidade, que já dá para ser percebida no cotidiano da sociedade brasileira. Só para reforçar essa questão, tendo como base as informações disponíveis da Tabela 11, observa-se que, entre 2010 e 2050, a previsão é que o grupo populacional de 60 anos e mais de idade triplique em termos absolutos, passando de 19,6 milhões para 66,5 milhões. Estas transformações nas estruturas etárias já começam a afetar a configuração das pirâmides etárias (Gráfico 8), com diminuições sucessivas de contingentes populacionais na sua base, em paralelo a aumentos contínuos nas idades posteriores, até atingir a forma de uma estrutura piramidal mais estável.” Disponível em: <http://bit.ly/2WaxG30>. Acesso em: 6 out. 2017.

Notamos na sociedade brasileira não só um aumento da fatia de idosos na população, mas também a alteração das características e condições da inserção social.

Alguns aspectos sobre a *realidade social do idoso no Brasil* merecem realce.

No campo da educação, a população idosa ainda enfrenta sério problema. É justamente essa faixa da população que não estudou – a Secretaria de Direitos Humanos<sup>4</sup> informa um tempo médio de estudo de 3,4 anos. Ou seja, na grande maioria, o idoso brasileiro não apresenta conclusão sequer do ensino fundamental. Essas circunstâncias informam o chamado “analfabetismo funcional”. Não é difícil notar que um idoso tem enorme dificuldade de compreensão de um texto – notadamente um contrato – mesmo que seja capaz de assinar (com muita dificuldade) seu nome.

A situação financeira do idoso está longe de equilíbrio. Aumenta o número de idosos responsável pelo domicílio, assim compreendidos aqueles em que a renda obtida é a principal fonte para subsistência da família. A Secretaria de Direitos Humanos<sup>5</sup> noticia quase 9 milhões de idosos nessa condição.

O problema da saúde na população idosa é igualmente preocupante. Uma publicação especializada<sup>6</sup> revela o problema da *solidão* e seus nefastos efeitos sobre a saúde do idoso:

*Sabemos que os problemas de saúde podem ser causados ou agravados pela solidão e baixo nível sócio-econômico. Isto torna-se mais intenso no caso de portadores de patologias múltiplas, situação mais comum no idoso e, principalmente, no idoso frágil. A solidão do idoso hoje em dia, está muito relacionada às alterações que ocorrem na família de hoje. Nos grandes centros urbanos, tem aumentado a proporção de pequenas famílias em detrimento das famílias extensas.*

Esse estudo ressaltou inúmeros problemas de saúde na população idosa: depressão, Alzheimer, instabilidade postural etc. Por fim, destacou a necessidade de um modelo de saúde voltado para os idosos, que fuja daquele hospitalar ou asilar, mas que não se restrinja ao ambulatorial ou serviço domiciliar – modelo inserido de modo precário na sociedade. Propõe-se um modelo denominado Programa de Avaliação Geriátrica baseado numa “abordagem geriátrica”, que se fundamenta na atenção integral ao idoso e suas necessidades (uma “avaliação geriátrica ampliada”) e já foi testado com sucesso na Grã Bretanha:

*O Programa de Avaliação Geriátrica pode ser conceituado como um processo diagnóstico multidimensional, comumente interdisciplinar, projetado para quantificar no idoso suas condições (capacidades e problemas) médicas, psico-sociais e funcionais, com o objetivo de se conseguir um plano terapêutico e de seguimento abrangente.*

---

<sup>4</sup> SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Dados sobre o Envelhecimento no Brasil*. Disponível em: <http://bit.ly/2QzCYjA>. Acesso em: 6 out. 2017.

<sup>5</sup> Idem. – Disponível em: <http://bit.ly/2QzCYjA> Acesso em: 6 out. 2017.

<sup>6</sup> TERCEIRA Idade – Dados Estatísticos sobre os Idosos. Disponível em: <http://bit.ly/2EHv5nh>. Acesso em: 6 out. 2017.

A Secretaria de Direitos Humanos vinculada à Presidência da República<sup>7</sup> listou as maiores violações contra os idosos no Brasil: “Em relação aos idosos, o DDH registrou 68,7% de violações por negligência, 59,3% de violência psicológica, 40,1% de abuso financeiro/econômico e violência patrimonial, sendo para esta população o maior índice desta violação, e 34% de violência física”.

Conhecer essa realidade social do idoso brasileiro é o requisito mais importante para interpretação adequada das normas. Usualmente, tem-se um idoso com baixa escolaridade, problemas financeiros e de saúde.

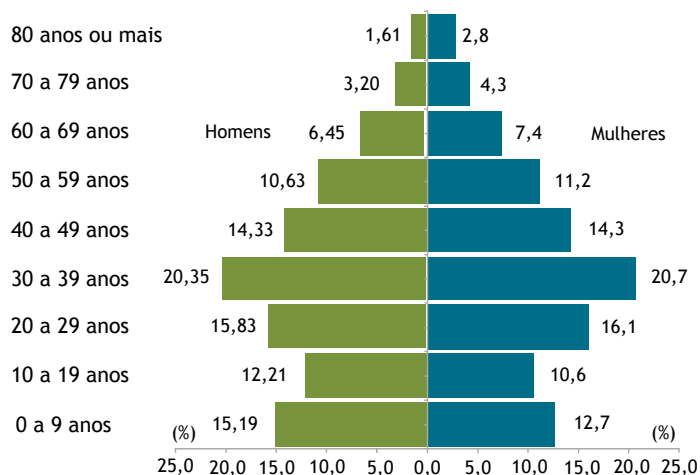
Em suma, pode-se concluir e dizer que o intérprete do Direito em geral e o magistrado em especial deve – verdadeira obrigação constitucional como será visto adiante – cuidar para que o idoso brasileiro tenha respeitados seus direitos também à luz de uma realidade social.

## 2. Consumidor idoso: uma situação de hipervulnerabilidade

O Brasil conta com 47,6 milhões de beneficiários de plano ou seguro saúde (fonte SIB/ANS/MS – 3/2017). Nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, a mesma fonte informa que desse total tem-se 19,63% de contratos na modalidade “individual ou familiar”.

Um quadro representa importante esclarecimento sobre a realidade da contratação por idosos dos planos ou seguros saúde:

**Pirâmide da estrutura etária dos beneficiários de planos privados de assistência médica (Brasil - março/2017)**



Fonte: SIB/ANS/MS - 03/2017

Percebe-se que a passagem das faixas etárias representa motivo para decréscimo na manutenção dos contratos de planos privados de assistência à saúde. Há significativa queda

<sup>7</sup> SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Dados sobre o Envelhecimento no Brasil*. Disponível em: <http://bit.ly/2QzCYjA>. Acesso em: 6 out. 2017.

quando o consumidor atinge 40 anos, reduzindo-se do patamar de 14% da população para 11% da população. Porém, ao atingir 50 anos esse percentual reduz-se para 11%. E pior, ao atingir 60 anos, isto é, quando se torna idoso para o ordenamento jurídico brasileiro, o volume de contratação do consumidor dos planos privados de assistência à saúde se reduz para algo próximo a 7% da população<sup>8</sup>. E daí por diante novos decréscimos, até se chegar ao espantoso número de 2% da população quando se ultrapassa o patamar de 80 anos de idade.

Ter um plano ou seguro saúde é verdadeiro privilégio para o consumidor idoso! Entretanto, a manutenção do contrato é para esse consumidor um desafio ainda maior!

Evidentemente, a dificuldade financeira do consumidor idoso representa o principal motivo para que ele não consiga manter o contrato.

Daí a capital importância do controle da legalidade das cláusulas contratuais e das práticas dos fornecedores nos aumentos das mensalidades dos planos de saúde.

Insistimos nas condições do consumidor idoso mais uma vez. Diante do quadro fático e do suporte em estatísticas e estudos especializados, como regra o consumidor idoso vivencia e apresenta as seguintes características:

- seu grau de instrução é reduzido (não completa o ensino fundamental), situando-se na faixa da população qualificada como “analfabeto funcional”, isto é, que sabe assinar o nome (subscrever um contrato), mas não consegue compreender textos simples (entender cláusulas contratuais);
- sua possibilidade financeira é limitada, pois sua fonte de rendimento localiza-se principalmente numa aposentadoria de valor reduzido (logicamente, para contratar plano ou seguro saúde, deve possuir outras alternativas de renda) e, em muitos casos, como principal fonte de renda da família e sua saúde exige atendimento médico e hospitalar, já que naquela faixa etária acima dos 60 anos o ser humano apresenta mais ocorrências de doenças, fato confirmado pelas ciências atuariais.

Entendemos que a vulnerabilidade do consumidor representa seu estado de sujeição no mercado de consumo. A ele não é dado um espaço amplo de escolhas. Na verdade, o consumidor tem sua liberdade de escolha direcionada para aquilo que lhe é ofertado pelo fornecedor em termos de produtos e serviços, não somente nos aspectos da qualidade e quantidade, sobretudo na forma de contratação. Pode-se dizer que o instrumento de adesão traduz a face da sujeição no campo contratual.

As necessidades especiais do idoso apresentam reflexos, quando ele assume o papel de consumidor. Há exacerbação na dificuldade de julgamento, própria do avançar da

---

<sup>8</sup> Há um movimento contínuo da redução do número de idosos com plano ou seguro saúde privado. Um estudo anterior da autoria de Wilson Marques Vieira Júnior e Mônica Martins denominado “Idosos e planos de saúde no Brasil: análise das reclamações recebidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar” (2015) (disponível em: <http://bit.ly/2VUqe8d>). Acesso em: 6 out. 2017) sublinhou dados de 2013 divulgados pela ANS e apontou números diferentes na contratação por idosos: “Diante deste contexto de transição demográfica, resultando no aumento da proporção de idosos na população mundial e brasileira, discute-se o impacto do envelhecimento sobre o aumento dos custos dos serviços de saúde. No Brasil, com 25 % da população vinculada a planos privados de saúde, cerca de 11% dos beneficiários destes têm 60 ou mais anos de idade. Trata-se de um grupo populacional portador de múltiplas doenças crônicas e, assim, com maior probabilidade de utilizar os serviços de saúde e maior risco de que esse cuidado exija grande intensidade de recursos e conseqüentemente incorra em altos gastos”. Essa comparação de números demonstra que, entre 2013 e 2017, num período aproximado de 4 anos o número de idosos com cobertura caiu de 11% para 7%. Essa comparação é significativa e reforça a preocupação do estudo com a adequada interpretação.



idade. Aspectos físicos e psicológicos servem de obstáculos à compreensão de todas as circunstâncias que cercam o ato de consumir.

De um lado, torna-se importante propiciar ao idoso um aprendizado, para que ele possa aceitar as transformações que ocorrem no seu corpo e na sua mente, sabendo lidar com elas e conquistando autonomia. Neste passo, a família exerce um papel fundamental para que o idoso tenha apoio e assistência das pessoas mais próximas. Todavia, de outro lado, o Estado e a sociedade têm a obrigação de criar mecanismos que contribuam para a superação deste quadro de vulnerabilidade. Ao idoso deve ser garantida uma vida digna.

Importante salientar que a vulnerabilidade não significa inaptidão para todas as atividades profissionais, falta de vontade de participar da vida social e nem tampouco uma ausência da ambição. E muito menos traduz uma pessoa desprovida de desejos e capaz de fazer escolhas.

É preciso respeitar o idoso como pessoa humana, dentro de suas características, que nada mais representam do que o natural processo do envelhecimento.

Entendemos que a vulnerabilidade do consumidor transforma-se no caso do consumidor idoso numa situação de maior intensidade de sujeição. Parte da doutrina usa o termo “hipervulnerável”<sup>9</sup> para explicar aquela situação do consumidor idoso. E parece haver razão para tanto. Esse consumidor apresenta pelos motivos expostos maior dificuldade não só no acesso e na manutenção dos serviços de plano ou seguro saúde, mas principalmente para compreensão do contrato e seu alcance. Também nos tribunais há utilização daquele termo<sup>10</sup>.

E qualificar ou categorizar o consumidor idoso como “hipervulnerável” ou “duplamente vulnerável” serve para, a partir do reconhecimento daquelas necessidades especiais, fundamentar não somente a aplicação de princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, I, 6º, 39, IV, 46, dentre outros) e do Estatuto do Idoso (art. 3º, 4º e 10º, dentre outros), mas implementar medidas jurídicas que possam concretizar os direitos daquele cidadão. Direitos reconhecidos nos diplomas normativos, mas que não se transformam em realidade.

Insistimos que reconhecer direitos em favor do consumidor idoso não traduz uma modalidade de “incapacidade civil”. Ao consumidor idoso são atribuídos direitos para que possa, insistimos, superar as dificuldades e obstáculos impostos pela idade. Envelhecer é um direito personalíssimo previsto no Estatuto do Idoso (art. 8º) e significa: permitir-se e

<sup>9</sup> Confira-se SCHMITT, Cristiano Heinicken. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 70, p. 139, 2009. Ainda a respeito, confira-se magistério de Carlos Nelson Konder no artigo “Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador”. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 101-123, maio-jun. 2015, destacando-se: “Nessa esteira, a doutrina consumerista foi paulatinamente fazendo referência a esses casos especiais, referindo-se a ‘vulnerabilidade potencializada’”. Em jurisprudência, afirmou-se que “o idoso é um consumidor ‘duplamente vulnerável’” e, como observado, mais recentemente a “hipervulnerabilidade”. Há outros trabalhos e expressões: (a) Fernando Costa de Azevedo, artigo “O reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea” (disponível em: <http://bit.ly/2YV2CSy>. Acesso em: 6 out. 2017), que sustenta a hipervulnerabilidade e (b) Andrea Siqueira Martorelli, artigo “A tutela jurídica do consumidor idoso: um reconhecimento da vulnerabilidade extrema” (disponível em: <http://bit.ly/30ThLoF>. Acesso em: 6 out. 2017), que advoga o conceito de “vulnerabilidade extrema”.

<sup>10</sup> A respeito, confira-se precursor julgamento relatado pelo Ministro Herman Benjamin, REsp. nº 586.316-MG, 2ª Turma do STJ, julgado em 17.4.2007 (Dje 19.3.2009) com a brilhante passagem: “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”. No TJSP, oportuno mencionar: Apelação nº 1023425-74.2015.8.26.0564, 7ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Rômulo Russo, julgado em 23.8.2017.

dar-se condições reais para que o cidadão possa envelhecer com dignidade e com respeito aos direitos capazes de propiciar um patamar mínimo de qualidade de vida.

Esse direito é personalíssimo porque só o próprio cidadão pode exercê-lo. O envelhecimento será viabilizado se houver efetiva concretização dos direitos explicitados no ordenamento jurídico.

E dar concretude a direitos significa transformar a realidade em favor do consumidor idoso, quando necessário. Ou em outros termos: transformar-se a realidade, quando o direito do idoso está ameaçado ou já se encontra violado. Propiciar que a lei vá além do abstrato, que saia dos livros para alcançar o cotidiano da sociedade.

No caso do consumidor idoso, oportuno realçar o tempo como um fator adicional relevante a ser considerado pelo intérprete em geral e pelo juiz especificamente. Aqui, se judicializado, o tempo de duração do processo deve ser ainda mais abreviado e acelerado por reconhecimento dessa vulnerabilidade específica do consumidor idoso. Nada mais do que dar concretude a normas constitucionais e legais, bastando citar: artigo 5º, LXXVIII da CF, artigo 6º, VIII do CDC, Artigo 71 do Estatuto do Idoso e artigos 6º e 1048, I do CPC.

A importância do julgamento do Superior Tribunal de Justiça situa-se na solução desses litígios repetitivos sobre aumentos das mensalidades dos contratos celebrados pelos idosos, buscando colocar parâmetros para definição da legalidade ou ilegalidade das cláusulas e posturas contratuais. Os efeitos daquele julgamento servem para dar celeridade e efetividade aos conflitos judicializados, numa perspectiva de eficiência e tempo razoável do processo.

E a correta dimensão dos efeitos daquele julgamento do Superior Tribunal de Justiça sobre os contratos celebrados entre fornecedor e consumidor idoso consubstancia o principal desafio do estudo, a partir das premissas sublinhadas e do conceito de vulnerabilidade (hipervulnerabilidade).

### 3. Tese fixada no julgamento do Superior Tribunal de Justiça

Considerando-se a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica tese de direito (*validade da cláusula contratual de plano de saúde que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária do usuário*), o julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ foi submetido à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme o rito dos artigos 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, tendo como relator o eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

A situação apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça consistia no reajuste de faixa etária para o consumidor, ao completar 59 anos de idade, num contrato de plano de saúde individual. O aumento daquele contrato questionado judicialmente foi da ordem de 88%.

O julgamento do incidente de recursos repetitivos configurou o Tema 952.

Importante ainda que, diante de diversas solicitações de esclarecimentos sobre o alcance da decisão de sobrestamento proferida pelo Ministro relator, foram feitas as seguintes delimitações no Tema 952<sup>11</sup>:

<sup>11</sup> Outra informação sobre o julgamento é que ele não ingressou na discussão da controvérsia objeto de repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como Tema nº 381: aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado anteriormente a sua vigência, com ênfase no controle do aumento da contribuição em razão de ingresso em faixa etária diferenciada. O Superior Tribunal de Justiça analisou a matéria à luz dos contratos firmados após a vigência do Estatuto do Idoso.

- (i) os planos de saúde abrangidos são apenas os da modalidade individual ou familiar;
- (ii) a determinação de suspensão não impede a concessão de tutelas provisórias de urgência, desde que verificada a efetiva necessidade e a presença de seus requisitos legais, a exemplo da aferição da concreta abusividade do aumento da mensalidade.

Ou seja, naquilo que interessa ao nosso estudo, devemos ressaltar que o julgamento resumiu-se aos *contratos da modalidade individual ou familiar*.

Na conclusão do julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ, em 14.12.2016 (acórdão publicado no DJe 19.12.2016), a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese para os fins do art. 1.040 do Código de Processo Civil (CPC/2015):

***O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que***

- *haja previsão contratual,*
- *sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e*
- *não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.*

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo julgamento, ainda fixou os seguintes entendimentos:

*a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.*

*b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.*

*c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância:*

- (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos;*
- (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e*
- (iii) a variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.*

#### 4. Fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para o julgamento e a fixação da tese

Em seu voto (vencedor), o ilustre Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva aponta os seguintes fundamentos principais para suas conclusões e proposição da tese:

- A. O mutualismo como base econômica adotada pelo contrato. Destaca-se a seguinte passagem:

*impende asseverar que o modelo financeiro mais adotado pelas operadoras de plano de saúde no Brasil é o de diluição das despesas entre os diversos beneficiários, havendo a formação de um fundo mútuo, a tornar viável a solvência do plano e o custeio de consultas, cirurgias, internações e outros serviços de assistência à saúde quando utilizados pelo consumidor (regime de repartição simples).*

Com base nele, criam-se preços fracionados, respeitando-se as características de utilização entre as diversas faixas etárias, diferenciando-se jovens e idosos.

- B. O princípio da solidariedade intergeracional. Segundo referido princípio, tem-se a situação dos mais jovens suportando parte dos custos gerados pelos idosos, originando, assim, o que o voto condutor sublinhou como “subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado)”. Esse princípio tem como objeto evitar a onerosidade excessiva ou a discriminação etária. Alertou-se que as mensalidades dos mais jovens eram proporcionalmente mais elevadas em termos de valores, contudo não ao ponto de fazer com que o contrato não tivesse atratividade para eles – o que acarretaria uma seleção adversa (também chamada “antisselação”).
- C. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária consiste numa regra atuarial e capaz de assegurar os riscos e, desta forma, manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de plano de saúde. Extraí-se a seguinte passagem do voto:

*[...] no percentual de reajuste por mudança de faixa etária, é levado em consideração, nos cálculos, o perfil médio e atuarial de utilização dos serviços de saúde de cada estrato de idade. É dizer, pela mudança de perfil de utilização do plano, há alterações no risco transferido à operadora (aumento atuarial).*

- D. Nos contratos ajustados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, os reajustes contratuais acabaram por fugir ao controle específico que fora ordenado pelo próprio artigo 35-E da lei<sup>12</sup>. Essa orientação respeitava a decisão do Supremo

<sup>12</sup> O artigo 35-E da Lei nº 9.656/98 (incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2011) apresenta a seguinte redação: “A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: I – qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS;”.

Tribunal Federal<sup>13</sup> que vedou àquela disposição legal disciplinar os contratos ajustados antes de sua vigência – respeito ao ato jurídico perfeito. No caso dos reajustes por faixas etárias, deveria ser aplicada a previsão contratual, evidentemente sob o controle de abusividade a partir do Código de Defesa do Consumidor e da validade formal a partir das diretrizes da Súmula Normativa nº 03/2001 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

- E. Nos contratos ajustados após a vigência da Lei nº 9.656/98 ou adaptados a ela devem ter os reajustes das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário prevista expressa no contrato, sob forma clara, inclusive para todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada. Cuidam-se das regras previstas nos artigos 15, *caput*, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998<sup>14</sup>. A lei ainda veda qualquer reajuste por faixa etária acima de 60 anos, para os consumidores que estivessem no plano há mais de 10 anos. Extraí-se do voto ainda:

*Regulamentando o tema, e antes da entrada em vigor da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) editou a Resolução CONSU nº 6/1998 fixando a observância, pelas operadoras, de 7 (sete) faixas etárias, além de determinar que o valor estabelecido para a última delas (70 anos) não superasse a 6 (seis) vezes o valor da faixa inicial (0 a 17 anos).*

Essa regulamentação está de acordo com a legislação então vigente.

- F. Os contratos celebrados após a vigência do Estatuto do Idoso não podem ter qualquer aumento após o consumidor completar 60 anos de idade. Ou seja, a partir de 1º.1.2004, o artigo 15, § 3º da Lei nº 10.741/2003 vedou “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Por isso, foi editada nova resolução regulamentadora pela ANS, ampliando-se as faixas etárias para 10 (dez). Aquela nova disciplina, segundo o nobre Ministro Relator, “permitiu o aumento mais suave nos valores entre cada grupo etário, sendo o último para quem completar 59 (cinquenta e nove) anos, a obedecer, assim, os direitos do idoso – pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

- G. Os reajustes por faixa etária não encontram óbice nas várias leis, respeitados os limites impostos e identificados. O voto do ilustre Ministro Relator destacou ainda que o

*[...] reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o*

<sup>13</sup> O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADI 1.931 MC/DF (DJ de 28/5/2004), decisão que terminou complementada no julgamento da ADI 1.931 MC-ED/DF (DJe 20/11/2014), ordenou a suspensão da eficácia do mencionado artigo 35-E.

<sup>14</sup> O artigo 15 da Lei nº 9.656/98 (redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) dispõe: “A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos”. E o artigo 16 (redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) dispõe: “Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: IV – as faixas etárias e os percentuais a que alude *caput* do art. 15;”.

*lucro, o qual não pode ser predatório, ante a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.*

Essa acomodação de interesses e direitos deve ser verificada no caso concreto.

H. Ainda nos contratos firmados após o Estatuto do Idoso, interpretou-se a disciplina feita pela ANS, fixando-se entendimento de que a

*[...] variação entre a primeira e a última faixa etária não foi superior a 500% (máximo de 6 vezes), pois a regra do art. 3º, I, da RN nº 63/2003 da ANS, ao contrário do que sustenta a recorrente, aplica-se aos valores absolutos das contraprestações pecuniárias e não aos percentuais em si de reajuste.*

Ou seja, se a mensalidade inicial do plano é de R\$ 100,00, a mensalidade do idoso não pode ser superior a R\$ 600,00 – independente da idade do idoso.

I. Na análise do caso concreto que gerou o incidente, o Ministro Relator afirma que o reajuste de 88% revela-se válido, porque está apoiado em prova pericial que demonstra o equilíbrio financeiro do índice praticado. A previsão contratual era de um índice de 110%, mas a conduta da empresa fornecedora de plano de saúde terminou por excluir o excesso ilegal e não razoável. Isto é, ao reduzir o percentual de aumento de 110% para 88%, a empresa de plano de saúde agiu para adequar-se às exigências da lei dos regulamentos da ANS, inclusive com respaldo na prova pericial produzida.

## **5. Condições fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça para admissibilidade dos reajustes por faixa etária**

Como dito anteriormente, na conclusão do julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ, em 14.12.2016 (acórdão publicado no DJe 19.12.2016), a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese para os fins do art. 1.040 do Código de Processo Civil (CPC/2015):

*O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que*  
*(i) haja previsão contratual,*  
*(ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e*  
*(iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.*

Interessa, neste passo, destacar cada uma das condições fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça.



## A. Existência de previsão contratual

A previsão contratual deve ser clara, contendo-se informação precisa sobre os percentuais de aumento a serem aplicados, como já explanado anteriormente e por imposição do próprio artigo 15 da Lei nº 9.656/98, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001.

Entendemos que a inserção de fórmulas ou equações para obtenção de índices a serem praticados por aumentos de qualquer natureza, inclusive os de faixa etária, traduzem violação do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor que exige informação clara para vinculação do consumidor e eficácia da disposição contratual.

Por exemplo, temos como ilegal a utilização de “unidades de referência” criadas pela empresa de plano de saúde para que seja aplicada uma fórmula matemática, ainda que supostamente apoiada em estudo atuarial. Não se pode subtrair do consumidor o conhecimento, no momento da contratação, dos percentuais de aumento por faixa etária.

O aumento do preço do contrato por faixa etária deve ser informado com destaque e sem qualquer dificuldade de localização pelo consumidor. Preferencialmente, deve ser redigido com letras em tamanho e cores diferenciados.

Essa exigência de clareza na informação sobre o percentual dos aumentos por faixa etária traduz incidência do princípio da harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor, a partir da boa-fé e do equilíbrio (art. 4º, III CDC).

Evita-se, de um lado, que o consumidor celebre o contrato sem o risco de surpresa sobre o preço, no decorrer da vigência do contrato. É importante observar que os aumentos por faixa etária acontecem sem prejuízo dos aumentos anuais – aqueles previstos no contrato para recomposição de custos ou para reposição da correção monetária e que, conforme época de celebração do contrato ou por força de termo de ajuste de conduta, exigem autorização da ANS.

Pode-se dizer que a “publicidade” do aumento de faixa etária deve ser semelhante àquela “publicidade comercial” usada pelas empresas de plano ou seguro saúde como estratégia de marketing para alavancar suas atividades. Algo que não deve ser “omitido” do consumidor, mas sim alvo de divulgação para alcance e conhecimento até mesmo pelo consumidor mais desatento.

Busca-se evitar, insistimos, a falta de informação sobre o preço do contrato. Em outras palavras, nada mais do que cumprir a exigência contida no artigo 31 do CDC.

De outro lado, permite-se que o fornecedor possa com antecedência prever suas receitas, de modo a fazer frente às despesas acarretadas pela execução do contrato de assistência à saúde, no conjunto ou grupo de consumidores. Evidentemente, esses aumentos exigem suporte em estudos atuariais.

A valorização da confiança no direito privado brasileiro esteve ligada à fase pré-contratual, conforme magistério de Cláudia Lima Marques<sup>15</sup>. Contudo, ressalta a ilustre professora que a chamada “pós-modernidade” nos trazia desafios positivos e negativos, dentre eles o aumento da desconfiança entre fornecedor e consumidor:

<sup>15</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 191.

*se a crise da pós-modernidade pode ser vista como uma crise de desconfiança no direito, em seus instrumentos e instituições (inclusive o contrato), está na hora de uma reação, reação através do direito privado como realização das expectativas legítimas do homem comum, o leigo, o consumidor.*

Entendemos que o “problema” da confiança como base da teoria contratual exige um comportamento ético das partes – consumidor e fornecedor.

Parece-nos inadmissível que, mesmo diante de previsão legal e disciplina reguladora da atividade, uma empresa de plano ou seguro saúde não cumpra os comandos legais ou as próprias disposições do contrato.

E não raro se encontram litígios judicializados que consistem na imposição de aumentos por faixa etária antes da época própria do contrato ou em percentuais acima daqueles previstos no contrato. Essas demandas judiciais retratam práticas violadoras da lei e do contrato pelas empresas de plano e seguro saúde – fornecedoras na linguagem do CDC.

Inúmeros precedentes do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) alinham-se com essa parte da tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça. Por todos<sup>16</sup>, menciona-se a Apelação Cível nº 1012862-14.2016.8.26.0361, 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator o eminente Desembargador Moreira Viegas, julgado em 20.9.2017, sublinhando-se a ementa e trecho do acórdão:

***PLANO DE SAÚDE. Reajuste por faixa etária, aplicado antes do termo e em percentual muito maior do que o autorizado pelo contrato – Ré que não comprovou a regularidade nem apresentou justificativas para o aumento no patamar aplicado – Invalidez do reajuste corretamente reconhecida – Sentença mantida Recurso desprovido. A avença firmada pelas partes, em atenção à referida norma, prevê expressamente as faixas de idade com seus respectivos percentuais de aumento (fls. 33), estabelecendo que, ao completar 19 anos, a autora teria em seu contrato um acréscimo de 17,33%. Entretanto, o que ocorreu foi que, quando a autora completou 18 anos, o reajuste foi de 46,95% (fls. 199). Ao contrário do que a ré insiste em afirmar, não há nos autos qualquer demonstração da regularidade deste reajuste, ocorrido antes do termo e em índice maior. (negrito do texto).”***

O precedente analisado revela uma conduta com evidente violação do contrato: (i) aplica o aumento por faixa etária antes da previsão do contrato, antecipando-se de 19 anos como previsto no contrato para 18 anos e (ii) faz incidir um percentual de 46,95% contra 17,33% que é a previsão da disposição contratual.

Naquilo que interessa ao presente estudo, surpreende negativamente a postura adotada por alguns fornecedores na aplicação de reajustes por faixa etária não previstos no contrato.

Anotamos que a obrigação de exibição do contrato em Juízo é ônus do fornecedor. É da empresa de plano de saúde provar que cumpriu a obrigação legal de informar ao

<sup>16</sup> Infelizmente, multiplicam-se os julgados que invalidam aumentos sem previsão contratual: (a) Apelação nº 1023425-74.2015.8.26.0564, 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator o Desembargador Rômulo Russo, julgado em 23.8.2017, (b) Apelação Cível nº 1106444-75.2016.8.26.0100, 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relatora a Desembargadora Rosângela Telles, julgado em 22.8.2017.



consumidor sobre os percentuais de aumento por faixa etária, incidindo-se o direito básico do consumidor (art. 6º, III e 46 CDC).

A falta de exibição do contrato, medida que pode ser instrutória do processo (art. 378 e 398 CPC), implicará a admissão como incontroverso (art. 400, I CPC) do seguinte fato: inexistência de previsão contratual para o aumento por faixa etária.

Em novos tempos, buscando-se valorizar a ética nos vários campos da sociedade brasileira, a confiança no contrato somente será atingida quando fornecedor e consumidor agirem com respeito à lei e ao contrato.

## **B. Sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores**

A segunda exigência explicitada pelo Superior Tribunal de Justiça localiza-se na disciplina realizada pelos órgãos governamentais reguladores, notadamente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Valorizou-se a atividade reguladora da ANS.

Mais uma vez, destacamos essa disciplina, conforme a época de contratação:

*a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, mencionaram-se as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.*

*b) Em se tratando de contrato firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, devem ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.*

*c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância:*

*(i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos;*

*(ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e*

*(iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.*

Em todos os casos, insistimos, deve haver previsão contratual do percentual a ser aplicado.

Os requisitos impostos pela ANS devem ser interpretados em benefício do consumidor. Não podem ser utilizados pelo fornecedor em detrimento do consumidor, notadamente o consumidor idoso.

As diferentes disciplinas refletem uma evolução na preocupação com a diluição dos aumentos, de forma a não ocorrerem as duas situações destacadas pelo Superior Tribunal de Justiça: (a) desestímulo à contratação pelos mais jovens (antiseleção) e (b) impossibilidade de prosseguimento no contrato pelos idosos (cláusula de barreira).

A interpretação das normas da ANS deve se dar em harmonia com a lei, não podendo em qualquer hipótese produzir como resultado o afastamento dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Plano de Saúde e do Estatuto do Idoso. O julgando do Superior Tribunal de Justiça não autorizou qualquer diminuição de direitos do consumidor em geral por força da disciplina regulamentadora da ANS.

Entre os diplomas normativos deve se trabalhar com o chamado “diálogo das fontes” que, na linha do magistério de Cláudia Lima Marques<sup>17</sup>, método de interpretação que propicia uma coordenação dos valores de proteção do hipervulnerável.

Toda essa normatividade deve servir, destacamos mais uma vez, para proteger a confiança depositada no vínculo contratual e as legítimas expectativas derivadas da boa-fé dos contratantes.

E ressaltamos que será ônus da empresa de plano de saúde trazer com clareza a informação sobre as faixas de aumentos baseados nas idades dos consumidores. Cuida-se de hipótese em que o fornecedor é detentor do conhecimento técnico – inclusive para demonstrar, em linguagem acessível ao consumidor e compreendida pelo juiz, que houve observância das normas regulamentares editadas pela ANS.

Essa demonstração como regra, deve dispensar a prova pericial. Ora, parece-nos impensável que para provar os requisitos de aumento impostos pela ANS deva se recorrer a um conhecimento técnico especializado, quando a lei impõe o direito de informação ao consumidor. Esse mecanismo de aumento – pelo menos na clareza dos percentuais de aumento por faixa etária e também da proporcionalidade de aumentos nas diversas faixas etárias – não demanda cálculos ou operações matemáticas complexas.

Entendemos que o julgamento feito pelo STJ abona essa conclusão, ao afirmar que, no contrato celebrado após a vigência do Estatuto do Idoso, a regulamentação da RN nº 63/2003 é aferida pela análise de valores absolutos das contraprestações pecuniárias e não dos percentuais em si de reajuste. Isto é, repetimos: se a mensalidade inicial do plano é de R\$ 100,00, para respeito à limitação de aumento entre a primeira e última faixa etária, a mensalidade do idoso não pode ser superior a R\$ 600,00 – independente da idade do idoso.

A omissão do fornecedor, diante de uma demanda judicial, autorizará o juiz a considerar violada a norma regulamentar da ANS e concluir pela ilegalidade do aumento.

### **C. Não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso**

O terceiro e último requisito fixado pelo Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que não basta haver previsão contratual clara e expressa do percentual de reajuste e também não é suficiente que o aumento esteja dentro dos limites normativos impostos pela ANS – em relação ao número de faixas e à proporcionalidade das mensalidades (primeira e última) ou das faixas.

---

<sup>17</sup> O chamado “diálogo das fontes” retrata a locução inserida no direito brasileiro a partir de magistério da professora Cláudia Lima Marques baseada na proposição de Erik Jayme. “*Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 41.

Num ponto extremamente importante do julgamento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: não pode haver abusividade no percentual aplicado e praticado pela empresa de plano de saúde.

Diz-se desarrazoado ou aleatório o percentual de aumento não justificado pela empresa de plano de saúde.

Parece-nos estreme de dúvidas que a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça preservou o valor de proteção do consumidor, exigindo-se que o percentual de aumento decorrente da faixa etária fosse devidamente explicado. Essa motivação (explicação) deve constar do contrato – ou como anexo (contendo o estudo atuarial) ou viabilizando-se o conhecimento pelo consumidor em consulta pela Internet (ou ferramenta equivalente – remessa pelo correio). Se judicializado o conflito, deve ser demonstrada e provada na instrução do processo.

Importante salientar que a justificativa deve pautar-se na ciência atuarial. Ou seja, nos dados estatísticos, probabilidades, combinações etc. Somente pelos estudos atuariais é possível fundamentar, de maneira adequada e com clareza, os percentuais de aumento.

Pensamos que somente com essa conduta a empresa de plano ou seguro saúde estará cumprindo o requisito fixado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em outros termos, se uma empresa lança no mercado um plano ou seguro saúde com previsão de aumentos por faixa etária, além de seguir as regras da ANS, deverá trazer os pareceres atuariais que fundamentam a necessidade de aplicação dos aumentos para o equilíbrio financeiro do contrato.

Exemplificando-se, num contrato de plano ou seguro saúde a previsão de aumento (reajuste) de 80% aos 59 anos de idade deve ser fundamentado pelo fornecedor, não bastando que ele se encontre dentro dos parâmetros regulamentares da ANS – a mensalidade final não seja superior a seis vezes a mensalidade inicial e as faixas 07 a 10 de aumento tenham total acumulado de aumentos igual ao acumulado na faixas anteriores (RN nº 63/2003).

Examinando julgados do Superior Tribunal de Justiça após o julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ, observamos uma tendência de não reexame sobre os fatos ligados ao juízo de valor da abusividade do aumento:

- (I) *casos em que o tribunal de origem entendeu que o aumento foi abusivo:* (a) AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.058.566 – RS, 3ª Turma, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, julgado em 13.6.2017 (DJe 26.6.2017); (b) AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.048.548 – RS, 4ª Turma, Ministro Relator Antônio Carlos Ferreira, julgado em 22.8.2017 (DJe 01.9.2017).
- (II) *casos em que o tribunal de origem entendeu que o aumento não foi abusivo:* (a) AgInt no AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 850.636 – SP, 4ª. Turma, Ministro Relator Marco Buzzi, julgado em 16.3.2017 (DJ22.3.2017); (b) AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.321 – SP, 3ª Turma, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, julgado em 06.4.2017 (DJe 17.4.2017); e (c) AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.107.533 – SP, 4ª Turma, Ministro Relator Raul Araújo, julgado em 29.8.2017 (DJe 26.9.2017).

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça vem exigindo que os tribunais locais exerçam, de maneira expressa, o juízo de valor sobre o percentual aplicado com justificativa sobre

a sua abusividade no caso concreto, notadamente se o aumento pode ser qualificado como desarrazoado ou aleatório, não bastando um juízo genérico de ilegalidade de qualquer aumento, conforme se extrai do AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.519.215 – SP, 4ª Turma, Ministro Relator Antônio Carlos Ferreira, julgado em 29.8.2017 (DJe 05.9.2017), destacando-se:

*O Tribunal de origem, em desacordo com a jurisprudência do STJ, limitou-se a afastar qualquer reajuste aplicado ao plano de cobertura de beneficiário idoso, sem analisar, no caso concreto, se o índice seria desarrazoado ou aleatório. Não é possível a análise da matéria por esta Corte, pois demandaria o reexame do conjunto fático-probatório. Dessa forma, impõe-se a remessa dos autos às instâncias ordinárias, para que decidam à luz do precedente indicado.*

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça determina que, se excluído o índice de reajuste por faixa etária previsto no contrato, cabe ao magistrado na sentença ou no acórdão fixar o percentual a ser aplicado para manutenção do equilíbrio contratual. Se não o fizer na sentença ou no acórdão por ausência de elementos, deverá determinar a apuração do índice em liquidação de sentença.

A respeito, confira-se o recente precedente do STJ, Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ contemplando a tese de que, uma vez afastado o índice contratual para o reajuste de faixa etária previsto no contrato, deve o tema ainda ser objeto de liquidação de sentença para fixação do reajuste adequado a ser aplicado, conforme AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 539.652 – MG, 4ª Turma, Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, julgado em 14.2.2017 (DJe 21.2.2017)<sup>18</sup>, destacando-se:

*Tal como registrado na decisão recorrida, as instâncias de origem entenderam que “o aumento de 45% e 41 % previstos no contrato se mostram excessivos, considerando que, como visto, é vedado reajuste diferenciado em relação à idade” (e-STJ fl. 233), de modo que a apelação foi provida para afastar a determinação de aumento por idade (e-STJ fl. 234).*

*Pela decisão agravada, deu-se provimento ao recurso especial para determinar a apuração, na fase de cumprimento da sentença, do índice de reajuste adequado a ser aplicado ao contrato em discussão nos autos, nos moldes em que decidiu a 2ª Seção no RESP 1.280.211/SP.*

E, efetivamente, esse ponto foi destacado no corpo do acórdão do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ de rito repetitivos, Ministro Relator Ricardo Villas Boas Cuêva, *in verbis*:

*[...] cumpre ressaltar que, se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde devido à alteração de faixa etária, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos*

<sup>18</sup> Essa tese foi desenvolvida e saiu vencedora, no julgamento do REsp. nº 1.280.211-SP, Segunda Seção, relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 23.4.2014 (DJe 04.9.2014), afetado à Seção para dirimir divergência de entendimentos. O acórdão é esclarecedor sobre as ponderações dos Ministros João Otávio Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino acerca da necessidade de integração do contrato, diante da própria natureza constitutiva negativa – não apenas declaratória – do conteúdo da sentença.

*termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.*

Entendemos que a liquidação pode ser processada por arbitramento ou pelo rito comum (art. 509 CPC), desde que possibilite ampla cognição. Deverá haver definição sobre o fato: *percentual adequado e justo para aquela faixa etária discutida na fase de conhecimento*. A liquidação pode ser feita por iniciativa de qualquer das partes.

Como regra, após a conclusão do Poder Judiciário pela ilegalidade do reajuste fixado no contrato, será da empresa de plano de saúde o ônus de iniciar a fase de liquidação da sentença para definição do percentual adequado do aumento por faixa etária, inclusive suportando o ônus financeiro da perícia, agora sim pertinente e necessária<sup>19</sup> – cogita-se a dispensa da perícia somente se no caso concreto a fornecedora trazer para os autos parecer atuarial ou estudo não apresentado na fase de conhecimento, mas que possa dar suporte a outro percentual de aumento.

E não se imagina que, na conclusão da liquidação, se possa “ressuscitar” o percentual de aumento afastado na fase de conhecimento, sob pena de violação da coisa julgada. Não há na liquidação de sentença uma “segunda chance” de o fornecedor provar a adequação do aumento previsto no contrato.

Enquanto não realizada e concluída a liquidação, o contrato terá seguimento sem aplicação de reajuste de faixa etária.

## 6. Considerações finais

A interpretação proposta logicamente não exaure o campo de possibilidades e problemas que serão enfrentados no estudo do tema.

O conflito entre consumidor e fornecedor oriundo da aplicação do reajuste por faixas etárias durante a vigência do contrato ocupa o dia a dia do magistrado.

Essa judicialização do contrato e da definição do índice de reajuste traduz, de um lado, um grave e sensível problema para o consumidor idoso. A partir da realidade examinada no início do estudo, não parece difícil perceber que o consumidor idoso brasileiro apresenta enormes dificuldades nos campos social, educacional e econômico. Ele não compreende o contrato. As cláusulas não são de fácil percepção e compreensão. Pior ainda: no avançar da idade, quando mais precisa de remédios e tratamento médico e hospitalar, o consumidor assiste perplexo e impotente a elevação da sua despesa com a manutenção do plano de saúde.

Significa dizer que o consumidor, pelo que se extrai das ações judiciais, de fato somente tem a informação sobre a cláusula contratual de reajuste de faixa etária, quando ela é aplicada – ou seja, quando recebido o boleto de pagamento da mensalidade do plano de saúde.

<sup>19</sup> Essa perícia mencionada na fase de liquidação de sentença tem razão de ser. E cuida-se de situação distinta da verificada na fase de conhecimento, como salientado anteriormente, em que deve o fornecedor demonstrar para os contratos celebrados após a vigência do Estatuto do Idoso que a cláusula de reajuste disciplina com clareza os percentuais aplicados por faixa etária, no total de 10 faixas etárias, além de respeitar a proporcionalidade preconizada.

Os maiores aumentos das mensalidades de plano e seguro saúde usualmente ocorrem quando o consumidor está prestes a se tornar um “consumidor idoso” – ou no caso dos contratos antigos (anteriores ao Estatuto do Idoso) até mesmo depois da terceira idade.

Uma interpretação judicial alheia a essa realidade pode transformar a disposição contratual numa verdadeira “cláusula de barreira”. Esse ponto foi devidamente frisado na fundamentação do Superior Tribunal de Justiça como resultado indesejável e que deve ser coibido pela decisão judicial.

De outro lado, não se pode subtrair do fornecedor o direito ao lucro, que somente pode ser obtido com o equilíbrio econômico financeiro do contrato. A cláusula de reajuste por faixa etária viabiliza essa justiça econômica do contrato, se analisadas as figuras do consumidor e do fornecedor.

A pulverização do aumento entre faixas etárias tem como objetivo dividir a responsabilidade econômica entre os consumidores das diversas idades. Essa técnica, como já frisado, concretiza o princípio da solidariedade social – nada mais do que aplicação do artigo 3º, I da Constituição Federal.

Contudo, para se atingir esse resultado econômico justo deve haver uma conduta de boa-fé do fornecedor. Ele deve elaborar a equação econômica do contrato com clareza e pautada em estudos atuariais. E o controle sobre a correção do seu procedimento deve ser analisado administrativamente pela ANS e judicialmente pelo Poder Judiciário.

No processo judicial, a cooperação do fornecedor no fornecimento de dados e estudos sobre os aumentos de faixa etária traduz participação essencial para obtenção do processo justo e efetivo.

Daí porque não basta ao fornecedor afirmar, em sua defesa, que o percentual de aumento para faixa etária está previsto no contrato ou que segue limites dados pelas normas da ANS. Exige-se mais: deve o fornecedor provar que o percentual de aumento é *razoável e não aleatório*.

Há uma divergência sobre o que seja percentual razoável. Pode variar conforme o caso concreto. Tanto que há julgados que consideram razoável o percentual próximo a 80% e outros que rechaçam aquele percentual. Essa aparente colisão de julgados pode ser desfeita, se houver motivações diferentes nos contratos para justificar em cada caso concreto a utilização do percentual de 80%.

Entendemos que *razoável* deve ser algo que não sirva de “cláusula de barreira” para o consumidor – em muitas demandas judiciais a parte será o consumidor prestes a se tornar “consumidor idoso” ou, no caso dos contratos anteriores à vigência do Estatuto do Idoso e da própria Lei de Plano de Saúde, será já um consumidor com mais de 60 anos de idade.

E não estamos propugnando pela inexistência de aumento ou uma situação de iniquidade em relação ao fornecedor. Evidentemente, não se quer “punir” o fornecedor!

E, neste passo, na adequada fundamentação do Superior Tribunal de Justiça, muito bem desenvolvida pelo Nobre Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o que se defende é uma conclusão bem diversa e que se situa apenas na exigência de não ser aleatório o aumento.

Entendemos que se qualifica como adequado, isto é *não aleatório*, o aumento pautado num estudo atuarial prévio. E não devemos enxergar nesse juízo de valor algo de “outro mundo”. Embora seja um tema complexo para os leigos, podemos nos referir à ciência atuarial como aquela capaz de gerar conhecimento para análise de riscos a partir de dados estatísticos e operações matemáticas. Ou seja, identificam-se ou produzem-se



estatísticas com utilização associada de probabilidades e combinações, tudo para medição de riscos, notadamente nos contratos de seguros.

Exemplos de dados que devem ser considerados pela empresa de plano e seguro saúde na elaboração e justificativa do preço do contrato, incluindo-se a fixação de reajustes por faixas etárias: (a) estatísticas da composição por idade da população brasileira, conforme região, estado e município, (b) estatísticas de incidência de doenças conforme idade, (c) estatísticas sobre tipos de tratamentos e tempo de internação para determinadas doenças, conforme faixa etária. E, a partir daquelas estatísticas, podem-se utilizar ferramentas da matemática (probabilidades e combinações) para se analisar o risco e o custo provável em face de um consumidor e seu perfil. Essa análise de risco e custo pode variar conforme a base de dados e o universo considerado – aquilo que formará a carteira.

Importante destacar que compete às empresas a promoção de estudos e pareceres para instrução de procedimentos junto à ANS e ao Poder Judiciário. Vivemos a época em que a economia é cada vez mais baseada no conhecimento e na informação. No campo dos planos e seguro saúde, tem-se a ciência atuarial como ferramenta nuclear da atividade empresarial.

A tese jurídica firmada pelo Superior Tribunal de Justiça deve ser aplicada com a prudência sugerida, inclusive para eventual instauração de uma liquidação de sentença, quando necessária à fixação de um percentual alternativo e adequado de aumento da mensalidade por faixa etária e que substituirá o percentual inserido no contrato mas qualificado como desarrazoado ou aleatório.

Porém, se houver inércia ou até ineficiência do fornecedor (empresa de plano ou seguro saúde) para a adequada instrução do processo, subsistirá a vigência do contrato sem os aumentos por faixa etária. Pode-se admitir, desde que fundamentadamente, um percentual fixado por equidade pelo juiz, devidamente fundamentado e com base em elementos ou informações disponíveis (por exemplo, repete-se o percentual da faixa anterior, admitido como justo e equilibrado pelas partes).

Ousamos trazer alguns apontamentos para facilitar a compreensão do tema e a aplicação pelos magistrados das teses fixadas pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, notadamente pelo efeito vinculante produzido a partir do artigo 1040 do Código de Processo Civil.

Importante destacar que os magistrados devem aplicar a tese firmada, mas sempre com análise do caso concreto. Essa advertência ficou muito clara na fundamentação do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça.

Uma última indagação necessária: a tese fixada no julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pode ser aplicada a outras modalidades de contrato, notadamente aos “*contratos coletivos*”?

A tese se firmou para os “*contratos individuais e familiares*”.

Em relação aos “*contratos coletivos*”, devemos fazer algumas ponderações.

Parece-nos que, mesmo nos contratos coletivos, deve ser aplicado o juízo de previsão contratual expressa do percentual de reajuste (aplicação do artigo 46 do CDC) e também, o juízo de abusividade (art. 51, IV do CDC).

Há recente precedente do STJ, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.102 – RS, relator o Ministro Luís Felipe Salomão, decisão monocrática de 20.10.2017 (Dje 27/10/2017), que acaba por aplicar raciocínio similar ao desenvolvido no Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ também para solução de uma ação judicial que envolvia um contrato coletivo, assim se pronunciando:

*Examinando as particularidades do caso concreto denoto que quando a autora completou 60 anos, em 2008, era beneficiária de contrato coletivo regulamentado, firmado antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso, com o reajuste por mudança de faixa etária estabelecido nos termos da Resolução CONSU 06/98, e, na oportunidade, sofreu reajuste no percentual de 57,66%. Conforme já referido, nos termos do entendimento consolidado no julgamento do REsp 1.280.211/SP, é aplicável o reajuste etário aos consumidores com mais de 60 anos, em se tratando de relações jurídicas mantidas há menos de dez anos, nos contratos firmados entre 02.01.1999 e 31.12.2003, observadas as regras da Resolução CONSU n. 06/1998, assim como a boa-fé e a proporção entre o reajuste e o aumento da demanda.*

*Tenho que neste caso a variação dos percentuais de reajuste por faixa etária evidencia dissonância com a regulamentação acerca da matéria, pois não houve a devida diluição dos reajustes, sendo o reajuste efetuado ao alçar dos 60 anos muito superior aos reajustes previstos para as faixas etárias imediatamente anteriores. Houve excessiva majoração da mensalidade do plano de saúde por ocasião do implemento dos 60 anos de idade, impondo ao beneficiário ônus excessivo em sua contraprestação a tornar inviável o prosseguimento do vínculo. Consoante o entendimento fixado pelo STJ no REsp n. 866.840/SP, a ausência de justificativa para o nível de aumento aplicado, que se torna evidente pela demasia da majoração do aumento da mensalidade, comparada com os percentuais de reajuste anteriormente postos, compromete a validade da norma contratual. Por esse motivo, adotando-se critério de razoabilidade, para essa última faixa etária, por equidade, e para efeito de integração do contrato, declara-se abusivo o reajuste incidente, que será substituído pelo reajuste ora arbitrado em 30%. Nesse ponto, adota-se o mesmo critério aplicado no sistema do Juizado Especial Cível, em que as Turmas Recursais aprovaram a Súmula n. 20, nesses termos.*

*Não se desconhece que o STJ, no REsp n. 1.280.211/SP, adotou, como solução substitutiva ao reajuste abusivo, a “apuração em fase de cumprimento de sentença, do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde, à luz de cálculos atuariais voltados à aferição do efetivo incremento do risco contratado”. Entretanto, a solução preconizada pelo tribunal superior, com a devida vênia, não é prática ou efetiva, remetendo para liquidação de sentença, por perícia atuarial, cálculos para em cada contrato apurar o índice de reajuste devido, cuja complexidade, custos de perícia e demora, somente fará piorar e onerar a relação contratual entre as partes. A fixação do reajuste em até 30% afirma-se, a meu sentir, critério mais prático, razoável e condizente com a realidade e objetivo para buscar o reequilíbrio e a harmonia dessa relação contratual.*

Também no Tribunal de Justiça de São Paulo há precedente em que se aplica ao “contrato coletivo” a tese desenvolvida no Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ, Apelação Cível nº 1025535-86.2015.8.26.0001, 3ª Câmara de Direito Privado, relatora a Desembargadora Márcia Dalla Déa Barone, julgado em 07.06.2017, destacando-se:



*Raciocínio semelhante pode ser aplicado aos contratos coletivos que também indicam reajuste por mudança de faixa etária. Veda-se, contudo, aumentos manifestamente desproporcionais e sem qualquer justificativa técnica atuarial, que comprometam os direitos do consumidor e do beneficiário.*

*Neste contexto, embora se reconheça que as obrigações particulares estão adstritas ao princípio do pacta sunt servanda, é certo que esta determinação não é absoluta, devendo ser limitada em situações de evidente abusividade, conforme se vê no presente caso.*

*Ademais, ao contrário do sustentado pela ré, o reajuste do contrato em valores acima daqueles autorizados pela agência reguladora que cuida dos contratos de plano de saúde viola os artigos 39, inciso X, e artigo 51, incisos IV, X e XV do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicabilidade é incontroversa, conforme acima destacado. Com efeito, os artigos referidos dispõem que é vedada, dentre outras práticas abusivas, a elevação sem justa causa do preço de produtos ou serviços. Não se autoriza a modificação do valor sem justo motivo, a fim de que não sejam causados prejuízos aos consumidores que se encontram em posição de vulnerabilidade.*

*Não obstante, a imposição de aumentos em valores que superam aqueles autorizados pela ANS não pode ser aceita sem a efetiva comprovação da elevação do risco e do aumento da sinistralidade, vez que dessa forma seria possível avaliar a necessidade do reajuste e seu percentual, devendo ser declarada nula a cláusula que estabelece essa forma de reajuste.*

*Cumpra consignar que embora a requerida justifique a majoração do valor da mensalidade na elevação do risco, deixou de apresentar documentos que demonstrassem a efetiva necessidade do reajuste.*

*Nessa esteira, a majoração no valor de mensalidade é inequivocamente abusiva e deve ser afastada, a fim de que não se verifique a imposição de desvantagem exagerada contra os consumidores. Com efeito, no caso dos autos a requerida informou que promoveria reajuste de 100% do valor da mensalidade anterior.*

No contrato coletivo, o magistrado deve agir com maior prudência e cautela de modo a não fazer o interesse individual sobrepor-se demasiadamente ao interesse coletivo – o grupo que contratou coletivamente. Até porque, uma vez coibido o aumento por faixa etária para um dos consumidores do contrato coletivo, haverá repercussão para toda coletividade beneficiada pelo negócio jurídico. De uma maneira ou de outra, o fornecedor buscará uma forma de repassar o custo para o contrato coletivo – ainda que por aumento previsto em outra modalidade de elevação.

Em suma, essencial a atividade do magistrado na fase de instrução do processo, colhendo-se elementos que propiciem a ele um julgamento atento para a realidade das partes, a conduta adotada por consumidor e fornecedor e, por último, o mecanismo de aumento por faixa etária e suas justificativas atuariais.

Concluindo-se, a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça dá uma grande margem de atuação e interpretação ao magistrado, a quem caberá analisar, instruir e decidir o processo observando-se os seguintes pontos:

1. época da contratação (ou adaptação do contrato) e identificação do contrato discutido e das normas aplicáveis (leis ordinárias e regras da ANS);
2. existência da cláusula contratual sobre aumento de faixa etária (problema na formação do contrato – campo da existência do negócio jurídico, a partir do artigo 46 do CDC);
3. a clareza da cláusula contratual sobre aumento de faixa etária (problema na formação do contrato, mais especificamente na informação do percentual – campo da validade do negócio jurídico, a partir do artigo 46 do CDC);
4. a justiça ou abusividade da cláusula contratual sobre aumento da faixa etária retraindo de maneira expressa e fundamentada um juízo de valor sobre a razoabilidade (justificativa por critérios atuariais) ou aleatoriedade do índice de aumento aplicado (problema da validade da disposição contratual, mais especificamente um juízo com equidade sobre o percentual de aumento, a partir do artigo 51, IV do CDC); e
5. se concluir pela ilegalidade do percentual de aumento previsto na cláusula contratual, integrar o negócio jurídico com a fixação de percentual justo e adequado para manter-se o equilíbrio contratual.

## Bibliografia

AZEVEDO, Fernando Costa de. O reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea. *In: Seminário Internacional Imagem da Justiça, Currículo e Educação Jurídica*, 1., 2012. *Anais [...]*. Pelotas: UFPel, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2YV2CSy>. Acesso em: 6 out. 2017.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 101-123, maio-jun. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2YRZhDS>. Acesso em: 6 out. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTORELLI, Andrea Siqueira. A tutela jurídica do consumidor idoso: um reconhecimento da vulnerabilidade extrema. *Saber Jurídico*, n. 11, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/30ThoLF>. Acesso em: 6 out. 2017.

SCHMITT, Cristiano Heinicken. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 70, p. 139, 2009.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Dados sobre o Envelhecimento no Brasil*. Disponível em: <http://bit.ly/2QzCYjA>. Acesso em: 6 out. 2017.

TERCEIRA Idade – Dados Estatísticos sobre os Idosos. *Saúde em Movimento*, 3 maio 2002. Disponível em: <http://bit.ly/2EHv5nh>. Acesso em: 6 out. 2017.

VIEIRA JÚNIOR, Wilson Marques; MARTINS, Mônica. Idosos e planos de saúde no Brasil: análise das reclamações recebidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 20, n. 12, p. 3817-3826, 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2VUqe8d>. Acesso em: 6 out. 2017.

## Negativa de cobertura de operadoras de planos de saúde para a realização da terapêutica prescrita pelo profissional de medicina (*home care*): um desrespeito ao ato médico no compromisso com a saúde e a qualidade de vida digna do ser humano?

Andréia Maura Bertoline Rezende de Lima<sup>1</sup>  
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Caso prático (*home care*): o direito à saúde e à vida com dignidade; 3. O profissional de medicina: o defensor do cuidado em saúde e da qualidade de vida com dignidade; 4. O Código de Ética Médica: o profissional de medicina e o compromisso com a saúde, a vida e a dignidade do ser humano; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

**Palavras-chave:** Tratamento Domiciliar (*Home Care*). Contrato de Adesão. Operadoras de Planos de Saúde. Profissional de Medicina. Saúde. Qualidade de Vida Digna.

**Resumo:** O direito à saúde é intrínseco ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. A despeito dessa assertiva, as operadoras de planos de saúde são contumazes em negar a cobertura de terapêutica (tratamento domiciliar) indicada pelo médico ao paciente, sob o argumento de sua exclusão no contrato de adesão firmado entre as partes, cujas cláusulas são previamente estabelecidas. No campo do direito, a recusa pode ser revertida pelos tribunais, que interpretam as cláusulas contratuais da forma mais favorável ao segurado, de modo a reconhecer eventual abusividade, nos termos da lei consumerista. O presente artigo questiona, entretanto, se a negativa das operadoras dos planos de saúde constitui um desrespeito ao ato médico no compromisso com a saúde e a qualidade de vida digna do ser humano, uma vez que se trata de profissional habilitado para o exercício desse mister.

**Abstract:** The right to health is intrinsic to the right to life and dignity of the human person. Despite this assertion, health plan operators are used to denying the therapeutic coverage (*home treatment*) indicated by the doctor to the patient, on the grounds that *home treatment* is excluded in the *adhesion agreement*, with clauses previously established, signed between the parties. In the legal world, such refusal may be reversed by the courts, by interpreting contractual clauses in the most favorable light to the insured under consumer law, in order to correct possible abuses. The present article questions, however, if such refusal by the health plan operators constitutes disrespect to the medical order, since doctors are qualified professionals with commitment to health and a decent quality of life for human beings, exercising their profession.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Professora do Curso de Especialização em Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura.

**Keywords:** Home Care. Adhesion Contract. Health Plan Operators. Medical Professional. Health. Decent Quality of Life.

## 1. Introdução

O trabalho tem por escopo a análise do exercício da profissão de médico no compromisso com a saúde, a vida e a dignidade do ser humano, ora paciente, diante do desequilíbrio que compromete a sua integridade físico-psíquica, social e espiritual.

O conhecimento técnico-científico do profissional habilitado para o exercício da profissão tem sofrido restrições por parte das operadoras dos planos de saúde, cuja interferência na terapêutica prescrita pode prejudicar o tratamento, bem como desestabilizar a relação de empatia, confiança e respeito a ser estabelecida entre médico, paciente e familiares.

A incidência do Código de Defesa do Consumidor é incontestável (Súmula 469 STJ), bem como a abusividade da cláusula contratual que, genericamente, exclui o *home care*, de modo a comprometer a boa-fé objetiva, o dever de informação e a transparência que devem permear o contrato firmado entre as partes.

O trabalho em comento, entretanto, aborda a questão afeta ao exercício do profissional da medicina diante das restrições impostas pelas operadoras dos planos de saúde, o que não é comumente enfrentado na esfera jurídica, salvo quando se trata de responsabilidade civil do médico, que não será apreciada nesta oportunidade.

Assim sendo, partindo de um caso concreto analisado e julgado pela Quarta Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, em 15 de dezembro de 2016, cujo relator foi o Ministro Luiz Felipe Salomão, será abordado o exercício da profissão de médico, que deve ter garantida a liberdade de exercê-la sem qualquer intervenção ou regulamentação das operadoras dos planos de saúde, que podem estabelecer, previamente, as doenças a serem cobertas; porém, não podem interferir e tampouco escolher a terapêutica a ser adotada.

Ato contínuo, tratar-se-á dos direitos e deveres do médico no compromisso com a dignidade do ser humano, previstos no *Código de Ética Médica* – CEM (Resolução do Conselho Federal de Medicina, de 7 de setembro de 2009), que orientam o profissional no exercício de seu mister e contribuem para uma atuação humanizada em busca da cura ou, ao menos, da amenização da dor e do sofrimento.

## 2. Caso prático (*home care*): o direito à saúde e à vida com dignidade

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 987.203 – RJ  
(2016/0249388-5)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO  
AGRAVANTE: UNIMED SAO GONCALO NITEROI SOC COOP SERV MED  
HOSP LTDA  
ADVOGADOS: BRENO BRANT GONTIJO – DF036719  
GABRIELE CRISTINA AZEVEDO REIS – RJ173393  
GUSTAVO SICILIANO CANTISANO E OUTRO(S) – RJ107157  
AGRAVADO: JACYRA DE SOUZA GOMES

REPR. POR : MARTA DE SOUZA GOMES – CURADOR  
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

## EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO DOMICILIAR (HOME CARE). CLÁUSULA CONTRATUAL OBSTATIVA. ABUSIVIDADE. DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. “A jurisprudência do STJ tem entendimento firmado no sentido de ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ”. (AgRg no AREsp 734.111/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 03/02/2016).

2. Agravo interno não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

## RELATÓRIO

### O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Trata-se de agravo interno interposto por UNIMED SAO GONCALONITEROI SOC COOP SERV MED HOSP LTDA. contra decisão de fls. 327/330, na qual este relator negou provimento ao agravo em recurso especial, ante a incidência da Súmula 83/STJ.

Em suas razões (fls. 339/348), a parte agravante repisa as razões do recurso especial, sustentando ser possível a limitação e particularização dos riscos a serem assumidos nos contratos de saúde. Salienta que “a negativa da demandada teve como base cláusula contratual expressa e válida, claramente estabelecida no contrato”.  
E continua:

Muito claramente, a cláusula do contrato de seguro celebrado pelas partes se insere nesse contexto, pois sua estipulação encontra

*fundamento legal expresso no art. 757 do Código Civil, de acordo com o qual o segurador só responde pelos riscos particularizados, ou não limitados, na apólice.*

*Enfatiza que a assistência domiciliar é cobertura não obrigatória. Requer a reconsideração da decisão ou o provimento do agravo. Impugnação juntada às fls. 358/363. É o breve relatório.*

*2. O agravo interno não merece acolhida.*

*Sobre o fornecimento de atendimento domiciliar a ser realizado pelo plano de saúde, o Tribunal de origem assim consignou:*

*Transcrevo, ainda, os fundamentos pelos quais neguei seguimento ao apelo: “Extrai-se dos autos que a autora é idosa, estava acometida de doença grave e lhe foi recomendada a internação domiciliar pelo médico responsável, conforme se extrai do relatório de fl. 14 (indexador 15). O objetivo do serviço de internação domiciliar está ligado, necessariamente, com a obrigação de restabelecer ou procurar restabelecer, através dos meios técnicos possíveis, a saúde do paciente, sendo uma alternativa (mais humanizada) para aquele que tem indicação médica de internação hospitalar.*

*O sistema de home care equivale a uma internação, na qual se proporciona ao paciente tratamento semelhante ao que receberia se estivesse nas dependências do hospital, com a distinção de que o paciente é removido para seu domicílio, no qual é mantido com cuidados médicos a menor custo e sem riscos adicionais à saúde.*

*A ré admite a recusa na autorização para o fornecimento do serviço, alegando exclusão expressa no contrato. Ora, se o trato da moléstia do paciente não está excluído pelo contrato, negar o serviço domiciliar significa negar a proteção contratual, porque a internação hospitalar para o mesmo fim, se fosse recomendada pelo médico, a seguradora não negaria.*

*Em geral, o contrato celebrado entre as empresas operadoras de plano/seguro saúde e os beneficiários é de adesão, cujas cláusulas predeterminadas impedem aos contratantes discutir seus termos, conteúdo e obrigações.*

*Registre-se, de logo, que as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, sobretudo em seu artigo 4º, que assegura a boa-fé objetiva, bem como o artigo 51, que impõe às partes o dever de cuidado, de modo a garantir que o contrato atinja o fim desejado. A cláusula contratual de exclusão genérica de cobertura de “home care” viola o Código de Defesa do Consumidor, além de violar o princípio do equilíbrio contratual, que afasta as cláusulas excessivamente onerosas, ou das quais não teve exata ciência uma das partes.*

*Nas relações de consumo, os contratos devem receber interpretação mais favorável ao consumidor, deixando de ser obrigatório se a este não for dada a oportunidade de conhecer precisamente o seu conteúdo, ou forem redigidos de forma a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance, nos termos do artigo 47 do CDC.*

Assim, se o plano de saúde cobre internação hospitalar, a recusa da ré em fornecer o tratamento de que necessitava a autora, nos exatos moldes solicitados pelo profissional médico, equivale a negar o próprio atendimento médico contratado, demonstrando a sua abusividade.

*Em se tratando de responsabilidade objetiva, cabia a ré a comprovação da existência de uma das causas excludentes de sua responsabilidade, na forma do artigo 14, § 3º do CDC, ônus do qual não se desincumbiu, restando patente a falha na prestação do serviço.*

[...].”

*Com efeito, em que pese aos argumentos utilizados, o Tribunal estadual adotou posicionamento em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, que se firmou no sentido de que, em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do CDC, a interpretação das cláusulas deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor, bem assim devem ser consideradas abusivas as cláusulas que visam restringir procedimentos médicos essenciais para a saúde do segurado. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:*

**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INJUSTIFICADA. ABUSIVIDADE. DANO MORAL IN RE IPSA. CONFIGURAÇÃO. REVISÃO DO VALOR. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS N°S 7 E 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.**

1. As instâncias ordinárias, cotejando o acervo fático-probatório, concluíram que a recusa injustificada de cobertura a tratamento home care à beneficiária deu ensejo a indenização por dano moral.

2. Entende-se por abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura.

[...]

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 725.203/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 24/9/2015)

**RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. SERVIÇO DE HOME CARE. COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL.**

1 – Polêmica em torno da cobertura por plano de saúde do serviço de “home care” para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica.

2 – O serviço de “home care” (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde.

3 – Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

4 – Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home



*care*) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital.

5 – Dano moral reconhecido pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ.

6 – RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (REsp 1.378.707/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/5/2015, DJe 15/6/2015 – sem grifo no original)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 458, II, E 535 DO CPC. PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DATA DA RECUSA DO PAGAMENTO PELA SEGURADORA. SÚMULA 7/STJ. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INDEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

3. De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde ou a vida do segurado.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1.325.939/DF, Relator o Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 3/4/2014, DJe 9/5/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL. MEDICAMENTO AMBULATORIAL OU DOMICILIAR.

1.- A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas.

2.- “É abusiva a cláusula contratual que determina a exclusão do fornecimento de medicamentos pela operadora do plano de saúde tão somente pelo fato de serem ministrado em ambiente ambulatorial ou domiciliar.” (AgRg no AREsp 292.901/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 04/04/2013).

3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 300.648/RS, Relator o Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/4/2013, DJe 7/5/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DESTINADO À QUIMIOTERAPIA MINISTRADA EM AMBIENTE DOMICILIAR. RECUSA. CLÁUSULA ABUSIVA. DECISÃO MANTIDA.

1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes à solução da lide, pronunciando-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos.

2. É abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de saúde o fornecimento de medicamento para quimioterapia tão somente pelo fato de ser ministrado em ambiente domiciliar. Precedentes.



3. *Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 147.376/SP, Relator o Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 6/12/2012, DJe 14/12/2012)*

*Desse modo, considerando que a decisão hostilizada encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Casa, inarredável a incidência da Súmula 83/STJ.*

*Importante frisar ainda que, mesmo nos casos de expressa exclusão da cobertura do serviço de home care, esta Corte tem reconhecido a abusividade dessa cláusula contratual, conforme se verifica dos seguintes julgados:*

**RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. SERVIÇO DE HOME CARE. COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL.**

1 – *Polêmica em torna da cobertura por plano de saúde do serviço de “home care” para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica.*

2 – *O serviço de “home care” (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde.*

3 – *Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.*

4 - *Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home care) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital.*

5 – *Dano moral reconhecido pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ.*

6 – **RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** (REsp 1.378.707/RJ, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/5/2015, DJe 15/6/2015)

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 458, II, E 535 DO CPC. PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DATA DA RECUSA DO PAGAMENTO PELA SEGURADORA. SÚMULA 7/STJ. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INDEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

1. *Não há ofensa aos artigos 458, II, e 535 do CPC, se o Tribunal dirimiu as questões que lhe foram submetidas e apresentou os fundamentos nos quais suportou suas conclusões, e manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.*

2. *Firmado no acórdão estadual que a Seguradora não se incumbiu de “demonstrar as datas em que, inequivocamente, a segurada teve seus pedidos de pagamentos de despesas negados”, termo a partir do qual*

*se iniciaria o lapso prescricional, o exame da irresignação recursal esbarra na Súmula 7 do STJ.*

*3. De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde ou a vida do segurado.*

*4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1.325.939/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 3/4/2014, DJE 9/5/2014 – sem grifo no original)*

*Por fim, é assente neste Tribunal Superior o entendimento de considerar que “a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato” (REsp n. 183.719/SP, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 13/10/2008).*

*3. Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.  
É como voto.*

Negado provimento ao recurso interposto pelo plano de saúde, com farto embasamento jurídico, observa-se, nas entrelinhas, a polêmica do livre exercício da profissão de médico, pois, ao recusar determinada terapêutica prescrita, a conduta da operadora do plano de saúde pode significar a recusa do atendimento médico previamente contratado e do qual o paciente, ora consumidor, carece de recebimento.

Não se trata de apoiar prescrições ilimitadas ou desprovidas de qualquer fundamento, pois não é crível que um profissional habilitado para o exercício da profissão de médico negligencie o direito à saúde e à qualidade de vida com dignidade do ser que lhe confia o seu bem mais valioso, denominado vida.

### **3. O profissional de medicina: o defensor do cuidado em saúde e da qualidade de vida com dignidade**

Nos primórdios da civilização, a medicina foi influenciada pela religião e pela magia. O desequilíbrio (doença) que acometia o ser humano era considerado uma consequência de eventual pecado por ele cometido, que acarretava a punição dos deuses ou um feitiço de um rival.

Os tratamentos realizados utilizavam os recursos disponíveis na natureza, principal aliada do homem primitivo, uma vez que dela retirava o seu sustento e de sua família, bem como o essencial à cura da moléstia, de modo a manter a sua qualidade de vida digna.

No decorrer do tempo, a tecnologia da informação se tornou uma ferramenta de grande valia para o aprimoramento e o aparelhamento de ponta dos serviços de saúde privados disponibilizados no mercado de consumo; porém, a acuidade diagnóstica onerou a sua utilização pelo consumidor ao mesmo tempo que intensificou a sua vulnerabilidade diante do desequilíbrio que o acomete.

É nesse momento que o profissional de medicina exerce importante atuação como defensor da saúde do paciente e da qualidade de vida com dignidade. Essa atuação,

todavia, não deve receber interferência das operadoras dos planos de saúde quando lastreada no conhecimento técnico-científico do profissional fundamentado na utilização coerente dos recursos disponíveis para um determinado diagnóstico.

Ao profissional cabe informar com transparência o serviço a ser prestado, bem como proceder à tomada de decisões compartilhadas com o paciente, se possível, ou com seus familiares. Nessa linha de pensamento, impende conceituar o tratar e o cuidar, relacionando-se o primeiro diretamente ao conhecimento técnico-científico do médico ao passo que o cuidar envolve o ser na sua integralidade, centrando a preocupação na pessoa do paciente, suas necessidades e angústias.

Elma Zoboli (*apud* BERTACHINI; PESSINI, 2011, p. 64), ao discorrer sobre o tratar e o cuidar ensina:

*No “tratar”, o paciente reduz-se a um diagnóstico feito por um profissional da saúde que se relaciona com um “número de leito”. Trata-se de apenas mais um caso. [...]*

*No mote do “cuidar”, o profissional da saúde presta atenção global e continuada a um doente, que é, antes de tudo, uma pessoa, um ser único e insubstituível. O trabalho centra-se em prover atenção ao que a pessoa necessita, e não somente ao requerido pela doença. O paciente não é só um caso a mais, mas uma pessoa única, singular, em uma situação particular e que carece e merece ser assistida de maneira individualizada, integral e respeitosa.*

Alicerçar uma relação intersubjetiva, que fortaleça a capacidade de interação entre a atuação profissional e a atuação interpessoal humanizada, é de suma importância. O médico e o paciente, muito embora sejam sujeitos dotados de autonomia nessa relação, tornam-se parceiros na busca pela solução mais adequada, funcional e eficiente para tratar do mal que os aflige.

O tratar e o cuidar alicerçam os laços de dignidade, do respeito, do acolhimento e da compreensão do outro e de sua fragilidade, tornando-se o diferencial da prestação de serviços de saúde (pública ou privada) com qualidade:

*‘Cuidado em saúde’ é o tratar, o respeitar, o acolher, o atender o ser humano em seu sofrimento – em grande medida fruto de sua fragilidade social -, mas com a qualidade e resolutividade de seus problemas. O ‘cuidado em saúde’ é uma ação integral fruto do ‘entre-relações’ de pessoas, ou seja, ação integral como efeitos e repercussões de interações positivas entre usuários, profissionais e instituições, que são traduzidas em atitudes, tais como: tratamento digno e respeitoso, com qualidade, acolhimento e vínculo<sup>2</sup>.*

Ao primar pela qualidade do serviço a ser prestado, o ‘cuidado em saúde’ favorece a conquista da confiança do paciente no profissional que o assiste, o qual, por sua vez, desenvolve a capacidade de entender o outro com ternura e compaixão. A linguagem

<sup>2</sup> PINHEIRO, Roseni. Cuidado em Saúde. In: Dicionário da Educação Profissional em Saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2l74m4v>. Acesso em: 27 abr. 2016.

clara e precisa permeia o diálogo entre as partes, transpondo os obstáculos do primeiro contato, prosseguindo com receptividade e serenidade.

O ‘cuidado em saúde’ interpreta o que o outro quer expressar, pois prima pelo acolhimento e estabelecimento de um vínculo seguro. O paciente desnuda-se perante o profissional, que, com respeito e sensibilidade, procura desvendar o que está oculto nos recônditos da sua alma que possa esclarecer o desequilíbrio que o incomoda.

A respeito, preleciona Bernard Lown (2011, p. 13) que o exercício da medicina deve agregar a arte com a ciência, a saber:

*[...] a melhor cura será aquela que casar a arte com a ciência, quando corpo e espírito forem examinados juntos. Somente quando os médicos sabem aquilatar o destino do paciente como seu semelhante, transido de medo e de dor, podem atingir a individualidade única de cada ser humano. Então, o doente torna-se algo mais que o mal de que sofre. Esse comprometimento mais amplo aviva as brasas da imaginação clínica, afia a precisão do julgamento e ajuda a sobrepujar a agonia das decisões.*

Dentre os princípios da bioética (autonomia, beneficência, não maleficência e justiça) destacam-se neste trabalho a **beneficência** e a **não maleficência**. À luz da beneficência, o médico deve priorizar o máximo de benefícios e o mínimo de prejuízos diante das possibilidades existentes para tratar e cuidar do paciente<sup>3</sup>.

O conhecimento técnico-científico do profissional deve aliar-se à sua conduta ética e consciente para a análise apurada do caso clínico concreto diagnosticado, contrapesando os benefícios de um determinado tratamento ou intervenção e os prováveis malefícios, cujas sequelas poderão tornar-se irreversíveis.

A **não maleficência**, por seu turno, deriva do aforismo hipocrático *primum non nocere* (primeiro não prejudicar), ou seja, a conduta do profissional de medicina requer o mínimo de prejuízo a ser causado ao paciente.

Nesse diapasão, o médico deve primar pelo máximo de cautela ao proceder à hipótese diagnóstica, seguida do prognóstico e posterior escolha compartilhada com o paciente ou familiares do tratamento a ser realizado, sem descartar a análise e informação adequada dos riscos e efeitos colaterais nocivos à saúde do paciente, respeitando a sua autonomia ou de seu representante legal no que tange à adesão.

A respeito, é de bom alvitre mencionar o artigo 15 do Código Civil<sup>4</sup>, que é inconteste ao dispor que o paciente não pode sofrer qualquer constrangimento que o conduza à aceitação de tratamento médico ou intervenção cirúrgica que exponha sua vida em risco.

Há exceção à regra no que tange ao paciente em situação que altere o nível de consciência (coma) ou exposto à iminente risco de morte, impossibilitando-o de manifestar a sua vontade. Nesses casos, o médico não pode se escusar do dever de decidir, não obstante ser-lhe vedado o desrespeito ao direito do paciente ou de seu representante

<sup>3</sup> PRINCÍPIOS bioéticos: a autonomia, não-maleficência, beneficência, justiça e equidade. Centro de Bioética do Cremesp, São Paulo, 1 out. 2001. Disponível em: <https://bit.ly/2lP1VJ7>. Acesso em: 20 abr. 2014.

<sup>4</sup> Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

legal de, livremente, escolher qual a prática diagnóstica ou terapêutica que considera mais conveniente, nos termos do art. 31 do *Código de Ética Médica*<sup>5</sup>.

A propósito, destaca-se a VI Jornada de Direito Civil STJ ao tratar da Parte Geral do Código Civil:

*533. O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.*

Na hipótese sob exame, o tratamento domiciliar denominado *home care* foi prescrito pelo médico à paciente idosa portadora de doença grave e, segundo se depreende do V. Acórdão, o profissional considerou ser uma alternativa para evitar a internação hospitalar indicada, cujos fatores de risco não podem ser desprezados, uma vez que o paciente se encontra exposto à infecções no ambiente hospitalar, que podem ser nocivas à sua saúde, considerando o seu quadro clínico.

Ademais, em consonância com o Estatuto do Idoso, este goza de todos os direitos fundamentais intrínsecos à pessoa humana, sendo-lhe assegurado por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades de preservação de sua saúde física e mental (art. 2º, da Lei nº 10.741/2003)<sup>6</sup>. O artigo 3º, caput<sup>7</sup>, da mencionada lei, por sua vez, impõe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público a obrigação de garantir ao idoso, com prioridade absoluta, a efetivação do *direito à vida e à saúde, entre outros*.

Genival Veloso de França (2010, p. 124), ao tratar da boa relação médico-paciente e familiares, anota que a internação hospitalar deve ser uma exceção, a saber:

*A boa relação médico-paciente-família é também levar à população a necessidade de desospitalizar a assistência médica, deixando a internação como recurso de exceção, dando-se prioridade ao tratamento ambulatorial ou domiciliar, não só como modalidade mais econômica, mas como forma racional e honesta de cura.*

A ratificar o disposto ápice, tem-se a Súmula 90 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de *home care*, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer”.

O contrato firmado entre as partes não pode se sobrepor aos direitos fundamentais à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, sob pena de se tornar a Carta Magna uma letra morta. Desde que fundamentada a indicação médica, com a concordância do paciente ou familiares, se o caso, e com custo menor, sem perder a qualidade e o atendimento

<sup>5</sup> Art. 31. É vedado ao médico: Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

<sup>6</sup> Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

<sup>7</sup> Art. 3º., caput. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

a ser prestado, não cabe à operadora do plano de saúde discordar e tampouco deixar a cargo do Poder Judiciário a decisão de seu deferimento.

A respeito, em pesquisa realizada pelo Observatório da Judicialização da Saúde Suplementar do Departamento de Medicina Preventiva da Universidade de São Paulo (USP), sob a coordenação do Dr. Mário Scheffer, foram analisadas 4.259 decisões do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), no período entre 2013/2014, sendo observado que a exclusão de cobertura lidera as ações ajuizadas contra planos de saúde, totalizando 47,67%<sup>8</sup>.

A situação é caótica, não sendo aceitável que a atuação consciente do profissional de medicina lastreada na anamnese e exame físico do paciente, bem como na análise de exames complementares, possa ser rechaçada num momento de extrema fragilidade. O 'cuidado em saúde' constitui um comprometimento do profissional de medicina com a dignidade do ser humano que assiste, de modo a conduzir a sua conduta com ética, misericórdia e compaixão pelo próximo.

#### **4. O Código de Ética Médica: o profissional de medicina no compromisso com a saúde, a vida e a dignidade do ser humano**

A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), que compreende o organismo sanitário internacional integrante da Organização das Nações Unidas, em seu preâmbulo preceitua que:

*A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social [...]*

Nicola Abbagnano (2007, p. 1026), com percuciência, ao conceituar saúde afasta a mera definição de ausência de doença para analisar o ser humano em sua totalidade:

*É a condição de bem-estar da pessoa nas suas diferentes funções: físicas, mentais, afetivas e sociais; não se identifica com a simples ausência de doença, mas com a plena eficiência de todas as funções: orgânicas e culturais, físicas e relacionais. Enquanto a Saúde da alma foi sempre objeto da filosofia, o mesmo não ocorre com a Saúde do corpo. Atualmente, graças ao desenvolvimento da filosofia da medicina, à nova cultura da corporeidade, à reconsideração da Saúde como condição de bem-estar geral e à política do Estado Social que insere a Saúde entre os direitos humanos, a Saúde apresenta-se como questão também filosófica que propõe uma série de problemas teóricos, éticos e sanitários.*

A definição de saúde prima pelo completo bem-estar do ser humano, de modo que não se restringe única e exclusivamente ao campo das ciências da saúde, que têm por escopo o seu cuidado e a prevenção de moléstias. O ser humano é observado na sua integralidade enquanto ser único e membro de uma comunidade.

---

<sup>8</sup> Disponível em <https://bit.ly/2Eep8rq>. Acesso em: 15 ago. 2017.

Nesse aspecto, as necessidades vitais do ser e da coletividade são interligadas e a conduta do profissional de medicina torna-se um compromisso de atuação ética visando o bem comum, conforme assenta Genival Veloso de França (2010, p. 1) ao tratar do *Código de Ética Médica* (Resolução do Conselho Federal de Medicina-CFM, de 7 de setembro de 2009):

*[...] não deve representar apenas um repositório de artigos da “ética codificada”, disciplinando a essência e a natureza da conduta médica, mas, antes e acima de tudo, um compromisso do médico em favor da sociedade e, em particular, do ser humano, como quem conscientemente assume uma dívida no interesse superior do conjunto da comunidade.*

Ao assumir um compromisso com o ser humano e a sociedade, o profissional de medicina não o faz isoladamente, sendo necessário que disponha de uma infraestrutura (pública ou privada) que possibilite condições mínimas para o atendimento do paciente, a iniciar pela consulta.

O primeiro contato do paciente com o médico, na maioria dos casos, é a consulta médica, que requer tempo e dedicação do profissional para que possa conhecer o paciente, de modo a obter informações acerca do seu histórico de saúde (anamnese).

Ato contínuo, proceder-se-á ao exame físico, que deve ser realizado pessoalmente pelo médico a fim de que seja possível tocar o paciente e senti-lo, prescrevendo-lhe o tratamento ou outros procedimentos, exceto nos casos de urgência ou emergência ou de impossibilidade de realizá-lo, desde que com a devida comprovação. Cessado o impedimento, deverá proceder ao exame de imediato (artigo 37 do CEM)<sup>9</sup>.

A relação entre as partes deve primar pelo respeito e confiança do paciente na pessoa do profissional que o atende. Portanto, cabe ao médico estipular o tempo que entender necessário para o atendimento do paciente, muito embora possa parecer inviável do ponto de vista do lucro almejado pelas operadoras dos planos de saúde.

Definido o diagnóstico e uma vez efetuado o prognóstico de eventual moléstia, compete ao profissional no trato com o paciente ou familiares os esclarecimentos adequados ao caso concreto, bem como a exposição dos procedimentos disponíveis para tratamento.

O momento é delicado e o profissional não pode ser pressionado pela operadora do plano de saúde a decidir de modo desfavorável ao paciente, até porque, entre os princípios fundamentais integrantes do *Código de Ética Médica*, a saúde do ser humano é destacada como o escopo precípua da atenção do médico, para quem deverá atuar com extremo cuidado oferecendo o melhor de sua capacidade profissional (II)<sup>10</sup>.

A tarefa é árdua frente aos obstáculos a serem transpostos para o exercício da profissão com autonomia de decisão em prol do ser humano, uma vez que é vedado ao médico deixar de utilizar todos os meios ao seu dispor e cientificamente reconhecidos em benefício do paciente (art. 32 do CEM)<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direito do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

<sup>10</sup> II- O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

<sup>11</sup> Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.



A sensatez e a prudência devem nortear a conduta do profissional que zela pela vida do ser humano, que tem o direito à existência com dignidade e qualidade.

Nas palavras de Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 639):

*O primeiro direito do homem consiste no direito à vida, condicionador de todos os demais. Desde a concepção até a morte natural, o homem tem o direito à existência, não só biológica como também moral (A Constituição estabelece como um dos fundamentos do Estado a “dignidade da pessoa humana” – art. 1, III).*

A preocupação com a saúde e a vida do ser humano é incontestável para o profissional de medicina, pois, nas sábias lições do mestre italiano Pietro Perlingieri (2008, p. 773-775):

*[...] É redutivo individuar o conteúdo do chamado direito à saúde no respeito da integridade física, e isto por duas razões: a saúde é também psíquica, pois a pessoa é unidade psicofísica indissolúvel, não é apenas aspecto estático e individual, mas se reconduz ao desenvolvimento sadio e livre da pessoa, constituindo por isso um todo com ela mesma. Na mesma perspectiva civil-constitucional, também seria restritiva a concepção do direito à saúde como direito do homem à assistência sanitária, vista como posição jurídica em relação à máquina do Estado. A saúde assume importância também nas relações intersubjetivas, como parâmetro da licitude e da ilicitude dos comportamentos e do merecimento de tutela da atividade humana. É uma noção que pode ser expressa não apenas do ponto de vista estritamente sanitário, mas também daquele comportamental, social e ambiental. A saúde se apresenta como um aspecto inseparável da pessoa, qual valor unitário, ela, embora prevista autonomamente em nível constitucional (art. 32), deve ser considerada juntamente com a norma que, como princípio geral, reconhece e garante os direitos do homem com exclusão de qualquer taxatividade ou tipicidade deles (arts. 2 e 3, § 2, Const.). Trata-se de dar um fundamento único para cada exigência da pessoa. A tutela da dignidade deve se realizar em relação a todos os aspectos, sem que com isso se deva traduzir na mesma situação de vantagem e na noção de direito subjetivo. A diversidade dos interesses fundamentais do homem não se traduz em uma pluralidade de direitos fundamentais diversificados por conteúdo e por disciplina. O próprio interesse à saúde, indissolúvel daquele do livre desenvolvimento da pessoa, pode se apresentar sob várias formas, assumindo relevância e configurações diversas, conforme seja entendido como direito à assistência sanitária, à salubridade do meio ambiente, à integridade física ou mental, conforme seja realizado mediante o esquema do interesse diretamente protegido ou aquele do poder jurídico (potestà) e, portanto, do interesse legítimo. O que importa é o valor da pessoa entendido unitariamente.*

A conduta ética do profissional deve permear o ato médico e a vida humana com dignidade e preponderar sobre o interesse econômico das operadoras dos planos de saúde. No caso sob análise, não se trata de discordar da obtenção de lucro das operadoras de planos de saúde, cujo faturamento, segundo afirmação da Agência



Nacional de Saúde Suplementar (ANS), aumentou 70,6% em 2016, comparado com o exercício anterior<sup>12</sup>.

De todo o exposto, denota-se que o ato médico em questão objetivou evitar a segregação hospitalar de uma paciente idosa, cujo quadro clínico apresentava condições de receber tratamento domiciliar.

A indicação terapêutica com responsabilidade, sensatez e respeito ao próximo não pode ser descartada pelas operadoras de planos de saúde e tampouco desconsiderada pelo Poder Judiciário, pois, nas palavras de Zygmunt Bauman (1997, p. 80), “Os deveres tendem a fazer os humanos iguais; a responsabilidade é o que os fazem indivíduos”.

## 5. Conclusão

A negativa de cobertura de operadoras de planos de saúde tem favorecido o ajuizamento de ações individuais pleiteando junto ao Poder Judiciário a reversão da decisão em favor do segurado consumidor, o que contribui para o aumento desenfreado do fenômeno denominado judicialização da saúde.

A vulnerabilidade do segurado consumidor é incontestante diante das operadoras de planos de saúde, que se utilizam de todos os artifícios que possam eximi-las do cumprimento de suas obrigações contratuais, num momento de extrema fragilidade do consumidor, que necessita da prestação do serviço contratado.

No entendimento da Superior Instância, observa-se que a garantia do direito à saúde e à vida do ser humano prepondera sobre o contrato de adesão que exclui determinadas coberturas, entre elas o tratamento domiciliar (*home care*).

Nessa linha, e uma vez que a questão jurídica foi enfrentada pela Superior Instância com serenidade e respeito ao consumidor, o presente artigo versou sobre a posição do profissional de medicina, cuja prescrição de determinada terapêutica direcionada ao caso clínico concreto objetivou o resguardo da saúde e da vida do paciente, no caso, idoso, com a minimização dos riscos de infecção hospitalar, bem como a possibilidade de ‘cuidado em saúde’ junto ao convívio familiar.

Além de assegurar a efetivação do direito à saúde e à vida do idoso, o que constitui um dever da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) também prevê o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, de modo a preservar sua saúde física e mental, entre outros, com respeito e dignidade.

Se o médico tem o dever de zelar pela saúde do ser humano, a fim de que este possa gozar de uma qualidade de vida digna até o final, a sua conduta ética não pode ser desrespeitada pelas operadoras dos planos de saúde sem justificativa plausível, sob pena do tratamento ser prejudicado, colocando em risco a vida do paciente.

O exercício da profissão de médico não se restringe apenas e tão somente ao ato de ‘tratar’ o paciente, estabelecendo o diagnóstico e prognóstico de uma doença; pelo contrário, a sua atuação vai além do seu conhecimento técnico-científico e de suas habilidades profissionais a fim de que possa adentrar as entranhas do ser humano de forma sublime e humanizada, compartilhando os seus anseios e angústias diante do desequilíbrio que assola o seu corpo (físico) e a sua alma (espírito).

<sup>12</sup> Disponível em: <https://bit.ly/30SGyd9>. Acesso em: 31 jul. 2017.

É nesse momento que o ‘cuidado em saúde’ compreende o diferencial do ato médico individualizado e integralizado, centralizando-se no ser humano com a sua patologia e não apenas a patologia. O exercício da profissão de médico consiste no compromisso estabelecido com o paciente e familiares de fornecer as informações adequadas que o caso clínico requer e partilhar as decisões a serem tomadas frente às alternativas terapêuticas disponíveis.

Frise-se que o profissional de medicina não deve deixar de orientar o paciente e familiares de modo a direcionar sua decisão quanto à terapêutica mais adequada à sua condição clínica, respeitando, entretanto, a autonomia do indivíduo de fazer a escolha que melhor lhe aprouver, quando capaz, ou de seus familiares.

Em suma, respeitada a individualidade e a dignidade de cada ser, a atuação médica consciente e ética não deve ser submetida às interferências das operadoras de planos de saúde e suas injustificadas negativas de autorizações de terapêuticas adequadas ao caso clínico concreto, sob pena de comprometer a autonomia do profissional de saúde no exercício de sua profissão, e, também, a qualidade de vida (digna) do ser humano.

## 6. Referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *A ética pós-moderna*. Tradução: José Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: *Vade Mecum Saraiva*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do consumidor). In: *Vade Mecum Saraiva*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM no 1.931, de 17 de setembro de 2009 (Código de Ética Médica)*.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Direito Médico*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LOWN, Bernard. *A arte perdida da cura*. São Paulo: Petrópolis, 2008.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <https://bit.ly/1x8itdQ>. Acesso em: 13. out. 2015.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ZOBOLI, Elma. O cuidado: no encontro interpessoal o cultivo da vida. In: BERTHACHINI, Luciana; PESSINI, Leo (org.). *Encanto e responsabilidade no cuidado da vida: lidando com desafios éticos em situações críticas e de final de vida*. São Paulo: Paulinas: Centro Universitário São Camilo, 2011.

# A responsabilidade civil solidária dos bancos de dados e cadastros de consumidores pela coleta, arquivamento e divulgação de informações abusivas

Cintia Adas Abib<sup>1</sup>

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A gênese das empresas arquivistas; 3. Os arquivos de consumo perante o ordenamento jurídico; 4. A responsabilidade solidária das empresas arquivistas; 4.1. A eficácia social do contrato; 4.2. A corresponsabilidade dos integrantes da cadeia de consumo; 4.3. Responsabilidade pelo risco da atividade; 5. Paradigma na jurisprudência; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

**Resumo:** A ampliação do espectro da responsabilidade civil perante as novas demandas sociais, em consonância com o modelo do Estado Social constitucionalmente eleito, do qual emerge o conceito da socialização dos riscos e a ampliação do compromisso com a efetividade do bem comum.

## 1. Introdução

Vivemos na era da hipercomplexidade planetária, onde os exemplos de negócios e atos jurídicos, primitivamente extraídos do Direito Romano, não mais respondem às demandas advindas da sociedade contemporânea.

A medida da efervescência dessa dinâmica social é a mesma da necessidade da tutela dos vulneráveis, porquanto, se assim não fosse, a humanidade retornaria ao vetusto império do mais forte, nos diversos setores da vida social, ou seja, econômico, familiar, laboral, político, entre outros.

A importância dessa ótica protecionista dos vulneráveis, na trajetória histórica e evolutiva dos institutos jurídicos correlatos, teve seu principal marco na Revolução Industrial, instalada, aproximadamente, entre 1760 e o final do século XIX, com grande destaque na Grã-Bretanha, tendo em vista suas favoráveis condições socioeconômicas da época.

Referido momento histórico foi permeado pelo liberalismo econômico, difundido pelo teórico Adam Smith, cuja principal obra, *A riqueza das nações*, datada de 1776, trazia o ideário da livre concorrência, da reduzida intervenção do Estado nas relações econômicas, da defesa do interesse individual para a concretude do interesse público, ao considerar que na busca do próprio interesse, o indivíduo frequentemente promove o interesse da sociedade de maneira mais eficiente do que quando realmente tem a intenção de promovê-lo. Estruturou o conceito de “mão invisível do mercado”, fundamental para a doutrina do liberalismo, pelo qual o individualismo era positivo a toda sociedade,

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 3ª Vara Cível de Diadema.

na medida que a liberdade negocial favorecia a redução dos preços, como instrumento de competitividade e busca por novas tecnologias, a fim de fomentar a produção e as respectivas vendas, a culminar com o aumento da oferta de empregos.

As profundas transformações sociais e econômicas ocorreram de forma gradual, na medida que o perfil da produção artesanal, manual, mecânica, limitado ao núcleo familiar, foi, progressivamente, transmutando-se para a fabricação em massa, por conta da explosão demográfica, onde o processo de distribuição acarretou o distanciamento entre os pontos de produção, comercialização e consumo.

No que toca à organização social, as profundas transformações advindas desse período indicaram a necessidade de ampliação dos instrumentos jurídicos para atendimento dessas novas demandas. Assim, o período ficou marcado pela gênese dos contratos coletivos, de massa, de adesão, com a prevalência da vontade do fornecedor ou fabricante e reduzida ou inexistente participação do consumidor na definição dos direitos e obrigações.

Consolidou-se, assim, a primazia da autonomia da vontade – *pacta sunt servanda* –, bem como a identificação da culpa como núcleo central da responsabilidade civil.

Entretanto, a contínua dinâmica social passou a se deparar com a insuficiência desses princípios e dogmas romanistas para a preservação de direitos individuais e coletivos essenciais, porquanto a imposição de cláusulas limitativas da responsabilidade civil ou de não indenizar, a eliminação da justa e equilibrada concorrência, o sistema individualista da obrigação de reparar o dano, entre outras medidas, culminaram com uma realidade social pautada na desigualdade econômica e jurídica, em especial entre fabricante, fornecedor, comerciante e consumidor.

Por essas razões, o século XX caracterizou-se pela busca de novos modelos de ajuste social. Ampliou-se, de forma acelerada, a busca da proteção global do ser humano, em diversos segmentos da ciência, com a emersão de direitos inovadores nas áreas da informação, tecnologia, meio ambiente, biodireito, direitos humanos, comunicação, entre inúmeros outros setores.

E, nesse contexto, o direito do consumidor encontra sua posição de destaque, em virtude de seu aspecto finalístico e, ainda, por conta de sua proximidade com a vida cotidiana dos sujeitos de direito, o que evidencia sua acentuada amplitude de incidência.

Registre-se, ainda, que no caminho da atualização do conceito e amplitude da responsabilidade civil, há significativos avanços destinados à concretude de seu objetivo maior, consistente na indenização do dano, cujos mecanismos envolvem a expansão do sistema anterior, que prevaleceu até o final do século XIX, fundamentado no individualismo e na existência da culpa, com o surgimento de uma nova ótica acerca da responsabilidade objetiva e da socialização dos riscos, baseadas na boa fé objetiva.

## 2. A gênese das empresas arquivistas

Ao adentrar no século XXI, vislumbra-se o crescer da cultura do consumo, a qual avança na mesma proporção do aprimoramento das práticas tecnológicas dos meios de comunicação, em especial as estratégias publicitárias.

Numa posição, os fabricantes de bens e fornecedores de serviços, na incansável busca do fomento das vendas de seus produtos, em regra, com a prioridade do lucro. Em outra, o público consumidor, que almeja a satisfação de suas necessidades, reais ou imaginárias.

Possível, desde já, vislumbrar a complexidade do tema, tendo em vista a diversidade de interesses envolvidos nessas relações sociais.

Nesse contexto, a figura do “crédito” se estabelece como elemento inerente ao desenvolvimento das relações negociais, e, por consequência, passou-se à busca de mecanismos dotados da segurança e dinamismo, compatíveis com a rapidez das práticas comerciais.

O modelo primitivo de concessão de crédito, que envolvia um procedimento vagaroso, burocrático, não mais atendia às necessidades da sociedade de consumo. Assim, em 1955, a Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre fundou o primeiro Serviço de Proteção ao Crédito, que conjugou o sistema de informações das entidades representativas do comércio, indústria e serviços no Brasil.

Classifica-se a expressão “arquivo de consumo” como gênero, do qual são espécies os “bancos de dados” e os “cadastros de consumidores”, os quais se diferenciam quanto à forma de coleta dos dados, à organização, ao período de permanência e de divulgação e à necessidade, ou não, de consentimento do consumidor (EFING, 2002, p. 30-36).

Quanto à constituição das empresas arquivistas, existem, na atualidade, entidades privadas, tais como SPC-Brasil e Serasa Experian, e públicas, como CADIN – Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não Quitados – e SCR – Cadastro de Informações de Crédito do Banco Central –, entre outras.

O marco inicial da regulamentação legal dos arquivos de consumo, no ordenamento jurídico brasileiro, deu-se com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que em seus artigos 43 e 44 trata dos bancos de dados e cadastros de consumidores, da seguinte forma:

*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.*

*§ 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.*

*§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.*

*Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.*

*§ 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.*

*§ 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código.*

Constata-se, assim, que as informações contidas nos arquivos de consumo devem ser: Objetivas, ou seja, destituídas de juízo de valor, de impressões subjetivas ou assertivas não relevantes ao mercado de consumo.

Claras, sem contradições ou expressões que possam gerar dúvidas, sendo vedada a utilização de códigos e aqueles de uso interno devem ser passíveis de fácil decodificação por qualquer usuário dessas informações.

Verdadeiras, precisas, com integral correspondência à realidade fática e lançadas através de linguagem de fácil compreensão, a todos aqueles que executem a comunicação através da língua pátria, sendo vedados os dados obscuros que impeçam ou restrinjam o conhecimento do valor do débito e de sua origem.

Destaque-se, ainda, que a lei atribuiu aos bancos de dados e cadastros de consumidores o caráter público. Trata-se de instrumento legal destinado a garantir aos fornecedores o amplo acesso às informações arquivadas, e aos consumidores a possibilidade de utilização do *habeas data*, e consequente direito à retificação perante eventuais informações incorretas.

Referidos mecanismos de tratamento das informações centralizam suas atividades na coleta, armazenamento e fornecimento de dados, com a finalidade precípua de viabilizar ao mercado recursos destinados à minimizar o risco de concessão de crédito, porquanto a massificação e o anonimato da sociedade de consumo, decorrente da acelerada expansão da oferta de crédito, exigem a prévia identificação do perfil do consumidor.

Registre-se, porém, que as atividades voltadas à busca de informações do consumidor apresentam elevado potencial lesivo a direitos da personalidade, em especial a privacidade, o nome e a honra, cuja proteção exige especial atenção do sistema jurídico.

### **3. Os arquivos de consumo perante o ordenamento jurídico**

Ensinam os professores Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino (2002, p. 2), que

*o direito não é só a lei. Na lição do mestre Miguel Reale o direito é fato, valor e norma. Ou seja, para ser direito, é indispensável conjugação dessas três dimensões: fato, valor e norma. Vale a pena notar que estamos falando aqui de teoria geral do direito. Ou seja, de uma teoria que vai influenciar todos os ramos do direito. Assim, tanto o direito civil tem que cumprir as três dimensões do direito, como o direito processual também tem que se reportar sempre a fato, valor e norma.*

Nesse contexto, a regulamentação jurídica do direito do consumidor, no sistema pátrio, evidencia a relevância do tema perante a atual sociedade de consumo em massa.

Sua tutela tem início no âmbito constitucional, que inaugura com destaque esse sistema protetivo, ao incluir no rol dos direitos e garantias fundamentais dos brasileiros e estrangeiros residentes no País a promoção, pelo Estado e na forma da lei, da defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII, CF). Prossegue ao incluir dentre os

princípios gerais da atividade econômica a defesa do consumidor (artigo 170, inciso V, CF), além da regulamentação da competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal (artigo 24, VIII, CF), do direito de informação quanto aos impostos incidentes sobre mercadorias e serviços (artigo 150, parágrafo 5º), quanto à adoção da alíquota interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços ao consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro estado (artigo 155, inciso VII, CF).

No que tange ao atual panorama infraconstitucional, há que se identificar os sistemas normativos que versam, de forma específica, sobre o tema em questão, com destaque à Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – e à Lei nº 12.411/2011 – Lei do Cadastro Positivo.

Em ambos os estatutos legais, vislumbra-se a imprescindibilidade da proteção à privacidade do consumidor e à transparência dos arquivos de consumo em geral.

Destaca o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43, a regulamentação dos arquivos de consumo, o direito de acesso do consumidor às informações ali existentes e à respectiva fonte, o dever de clareza do arquivo, o direito de retificação de informações incorretas e a fixação de uma vida útil para essas informações (cinco anos).

Na mesma diretriz, a Lei do Cadastro Positivo, em seu artigo 3º, registra cinco deveres a serem observados pelo fornecedor de serviço, conforme seguem: veracidade, clareza, objetividade, vedação de informações excessivas e vedação de informações sensíveis.

#### **4. A responsabilidade solidária das empresas arquivistas**

Ao adentrar no tema nuclear do presente trabalho, necessário destacar que na mesma medida em que o sistema jurídico sedimenta novas figuras tuteláveis pelo Direito, em conformidade com as demandas sociais, amplia-se a esfera da responsabilidade civil, em especial atenção à garantia dos princípios gerais da dignidade humana, do solidarismo e do compromisso geral com o bem-estar social, inerente a todos os integrantes do corpo social.

A tese aqui defendida versa sobre a responsabilidade civil objetiva e solidária dos bancos de dados e cadastros de consumidores pela coleta, arquivamento e divulgação de informações incorretas, incompletas, não claras, enfim, abusivas, apontadas pelos fornecedores de produtos e serviços, a ensejar a obrigação de indenizar aquele que se tornou vítima de dano em virtude dessas circunstâncias.

O fundamento científico desse entendimento assenta-se em três pilares da doutrina jurídica, que a seguir serão destacados:

##### **4.1) A eficácia social do contrato**

Da análise do elo tridimensional estabelecido entre a empresa fornecedora de produtos ou serviços, a empresa responsável pelo banco de dados ou cadastro de consumidores e o consumidor, conclui-se que entre as duas primeiras prevalece a teoria da eficácia contratual “intra partes”, e quanto aos dois últimos emerge a teoria da eficácia contratual “ultra partes”.

Quanto aos conceitos de função social do contrato “intra partes” e “ultra partes”, reporto-me à importante obra do ilustre professor Claudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato*, onde a matéria é brilhantemente aprofundada.



A evolução jurídica dos limites da efetividade do contrato passa pelo histórico dos modelos de Estado consolidados em cada época, com destaque ao Estado Absolutista, ao Estado Liberal e ao Estado Social, o que reflete na maior ou menor intensidade de ingerência estatal, através de seus poderes constituídos, na esfera privada.

A noção imposta pelo Estado Liberal prestigiava o valor individual, em conformidade com a ideologia constitucional prevalente na ocasião, onde o interesse individual admitia, apenas, limites negativos gerais de ordem pública e bons costumes, com a mitigação dos princípios da justiça social.

Partia-se da acentuada autonomia privada, em seu tríplice aspecto, ou seja, liberdade de escolher o tipo contratual, o outro contratante e o conteúdo do contrato; do princípio *pacta sunt servanda*, relacionado à obrigatoriedade dos contratos, advinda da manifestação de vontade dos contratantes e do princípio da relatividade subjetiva, limitando-se a eficácia contratual apenas às partes integrantes do contrato (LOBO, 2002, p. 14).

A conquista do Estado Social trouxe uma nova referência de equilíbrio entre o individual e o coletivo, com a emersão de um Estado voltado a programas solidaristas e de valorização da pessoa humana. Na ordem constitucional, emergem “inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana”, pelo que, “o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob a ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais” (TEPEDINO, 1999, p. 10).

A ótica social do contrato projetava-se, de início, exclusivamente entre as partes integrantes da relação contratual, a fim de dar concretude aos valores prestigiados pela ordem constitucional, como a dignidade humana, a proteção do vulnerável e o equilíbrio contratual.

Porém, o avanço das demandas sociais exigiu a ampliação dessa projeção, a fim de garantir a efetividade desses mesmos valores àqueles não integrantes da relação contratual, porquanto “o contrato não é um assunto individual, mas que tem passado a ser uma instituição social que não afeta somente o interesse dos contratantes” (LORENZETTI, 1998, p. 551).

Nesse contexto, da relação contratual estabelecida entre o fornecedor de produtos ou serviços e a empresa arquivista, emerge a obrigação “ultra partes”, com o escopo de zelar pela incolumidade dos direitos da personalidade de terceiro, ou seja, daquele que teve seu nome inserido nos respectivos cadastros, como consectário da visão moderna da função social do contrato frente a toda a sociedade na qual se insere.

#### **4.2) A corresponsabilidade dos integrantes da cadeia de consumo**

O fornecedor, no âmbito estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, figura como um dos sujeitos da relação de consumo, cuja definição legal encontra-se prevista no artigo 3º, *caput*, do referido estatuto legal, que assim dispõe:

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



A amplitude do conceito jurídico de fornecedor permite a inclusão de todos aqueles que atuam nas diversas etapas do processo produtivo ou da prestação de serviços, desde que façam disso suas atividades principais ou profissionais.

Conforme importante ensinamento de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 309),

*pode-se dizer que o Código do Consumidor esposou a teoria do risco do empreendimento ou da atividade empresarial, que se contrapõe à teoria do risco do consumo. Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos. (Grifo nosso)*

Emerge o conceito da justiça distributiva, pela qual a noção do justo condiciona-se à socialização dos riscos entre todos os envolvidos nessa estrutura relacional que, na hipótese específica aqui tratada, abrange a empresa fornecedora de produtos ou serviços, solicitante do apontamento, a empresa arquivista e o consumidor ou terceiro, cujo nome é inserido no banco de dados ou cadastro de consumidores.

E a tese ora defendida, acerca da existência da responsabilidade civil solidária entre a empresa arquivista e o fornecedor de produtos e serviços, em decorrência das informações abusivas lançadas nos bancos de dados e cadastro de consumidores, tem sua robustez majorada ao se classificar a hipótese como fato do serviço, visto que o dano material ou extrapatrimonial atinge diretamente o próprio consumidor ou terceiro, vitimado pela informação abusiva (indevida, incompleta etc.).

No que tange à responsabilidade civil do fornecedor, a sistemática do Código de Defesa do Consumidor estabelece a divisão entre o fato do produto ou do serviço e vício do produto ou do serviço.

A espécie “fato do produto ou do serviço”, relaciona-se a acidente de maior gravidade, pois compromete a segurança do consumidor, causando-lhe, diretamente, dano material, moral ou outra espécie dentre os extrapatrimoniais. Encontra previsão legal nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Na hipótese de “vício do produto ou do serviço”, o defeito, de menor gravidade, circunscreve-se ao produto ou ao serviço em si, o qual compromete, de forma parcial ou total, seu funcionamento ou utilização. Trata-se de vício por inadequação e encontra previsão legal nos artigos 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, importante destacar que as empresas responsáveis pelos bancos de dados e cadastro de consumidores possuem mecanismos de controle da segurança das informações arquivadas, sendo plenamente possível estruturarem-se para esses fins, inclusive porque os custos inerentes ao sistema de conferência da veracidade das informações poderão, em tese, estar embutidos no preço dos serviços prestados às empresas fornecedoras de produtos e serviços.

Consagra-se, assim, o reconhecimento jurídico do elemento “segurança”, como nexô autônomo de imputação da responsabilidade civil, cuja não observância gera a obrigação de indenizar.

Por essa razão, prevalece o regime da solidariedade obrigacional, com o condão de preservar as empresas arquivistas dentre os principais titulares da responsabilidade civil perante o registro de informações abusivas, com destaque ao importante fundamento legal, previsto no artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

### 4.3) Responsabilidade pelo risco da atividade

Ao retratar o processo de evolução natural da responsabilidade civil, porquanto observou-se que a noção isolada da “culpa” mostrou-se insuficiente ao atendimento das demandas sociais, emerge a relevância jurídica do “risco”, sob a ótica da solidarização do compromisso com o bem comum, cujo fundamento legal dessa teoria assenta-se na cláusula geral, prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, que estabelece:

*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

A responsabilidade civil das empresas administradoras dos bancos de dados e arquivos de consumidores, em decorrência do arquivamento de informações abusivas, subsume-se ao referido preceito legal, posto que preenchidos os requisitos que condicionam sua aplicação.

Com efeito, desenvolve a empresa arquivista atividade, ou seja, uma sequência coordenada de atos destinados à consecução de um fim único, ou seja, o arquivamento, a guarda e a divulgação de dados, com o objetivo de garantir a segura e célere circulação do crédito.

Cuida-se de atividade normalmente desenvolvida, ou seja, dotada de caráter lícito, de natureza habitual e não esporádica ou eventual, com finalidade lucrativa.

Referida atividade submete-se à teoria do risco mitigado, ou seja, pauta-se na responsabilidade objetiva, sem culpa; porém, não se mostra suficiente o exclusivo nexô causal, exigindo-se uma causalidade qualificada, o que ocorre através do elemento “risco”. Portanto, trata-se de atividade lícita e habitual, geradora de risco à esfera jurídica de outrem.

Porém, a hipótese não versa sobre qualquer espécie de risco. Isso porque toda atividade humana traz consigo uma dose, mesmo que remota, em maior ou menor grau, de risco. Assim, a adequada interpretação do referido dispositivo legal exige um risco especial, diferenciado, qualificado, que culmina com o conceito de “perigo”, cuja relevância jurídica para definição dessa especialidade advém dos critérios estatísticos (atividades com maior incidência de eclosão de danos), científicos ou das regras de experiência (GODOY, 2017).

No que tange à interpretação harmônica e coordenada – diálogo das fontes – desse dispositivo legal – artigo 927, parágrafo único, do Código Civil – em relação ao artigo 931 do Código Civil e ao sistema da responsabilidade civil sem culpa, mas pautado na causalidade qualificada, previsto no Código de Defesa do Consumidor, em breve síntese,

posto que o tema é rico no debate doutrinário, porém, em observância ao limite extensivo deste trabalho, mostram-se relevantes as seguintes observações:

Como condição à efetividade do princípio da segurança jurídica, há que se buscar a interpretação harmônica dos referidos preceitos legais, na medida em que todas as contradições sistemáticas devem ser evitadas pelo jurista, mercê de uma interpretação criativa do direito, que preserve assim a sua unidade valorativa, sem quebra de coerência (CANARIS, 1996, p. 207).

Nesse contexto, conclui-se que o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil tem como campo de incidência as hipóteses de risco criado por uma atividade. Diferentemente, o artigo 931 do Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – o primeiro, quando não há relação de consumo e o segundo quando há relação de consumo – relacionam-se aos casos em que o elemento qualificativo da causalidade é o defeito do produto ou do serviço prestado. Registre-se importante ensinamento da doutrina:

*Assim, tem-se a aplicação do parágrafo único do art. 927 aos casos de danos produzidos no exercício da atividade, uma ação humana, enquanto o art. 931 ou o Código de Defesa do Consumidor, conforme se cuide ou não de relação de consumo, aplica-se aos casos de danos provocados por produtos postos em circulação, independente do manejo pelo homem, particularmente por quem exerce a atividade de que ele, o produto, é o resultado. (GODOY, 2010, p. 101)*

## 5. Paradigma na jurisprudência

Extrai-se do repertório de jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça o voto proferido pelo Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do Recurso Especial nº 1.457.199/RS, datado de 12 de novembro de 2014, o qual traz relevantes e aprofundados ensinamentos, relacionados ao tema aqui proposto, cujo V. Acórdão apresentou a seguinte ementa:

*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). TEMA 710/STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR. ARQUIVOS DE CRÉDITO. SISTEMA “CREDIT SCORING”. COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO. LIMITES. DANO MORAL.*

*I-TESES:*

- 1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota de risco de crédito).*
- 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei nº 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).*
- 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor, no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei nº 12.414/2011.*
- 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.*

5) *O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187, do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei nº 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais, nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, parágrafo terceiro, I e II, da Lei nº 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. (Grifo nosso)*

## 6. Conclusão

*O elenco dos direitos humanos contemplados pelo Direito Positivo foi se alterando do século XVIII até os nossos dias. Assim caminhou-se historicamente dos direitos humanos de primeira geração – os direitos civis e políticos de garantia, de cunho individualista voltados para tutelar a diferença entre Estado e Sociedade e impedir a dissolução do indivíduo num todo coletivo – para os direitos de segunda geração – os direitos econômicos, sociais e culturais concebidos como créditos dos indivíduos com relação à sociedade, a serem saldados pelo Estado em nome da comunidade nacional. O processo de asserção histórica das duas gerações de direitos humanos, que são direitos de titularidade individual, foi inspirado pelos legados cosmopolita e universalista do liberalismo e do socialismo. (LAFER, 1997)*

A evolução é elemento inerente à espécie humana e à estrutura social e, por consequência, implica o contínuo surgimento de novos conflitos e demandas, bem como a expectativa de que o Estado, através de seus poderes constitucionalmente estabelecidos, esteja aparelhado para uma pronta e legítima resposta à pacificação social.

O Direito, como ciência voltada à regulação da convivência do homem em sociedade, precisa, de forma imperiosa, acompanhar essa trajetória social, sob pena de se mostrar inócuo a sua finalidade.

Nesse contexto, destaca-se a pertinência do tema aqui proposto, porquanto da mesma forma em que se reconhece a teoria evolucionista dos direitos humanos, conforme exposto na doutrina acima registrada, há que se garantir o avanço dos mecanismos de efetivação desses direitos, sob a ótica do compromisso geral de contribuição ao bem comum, o que culmina com a ampliação do espectro da responsabilidade civil.

Ressalvo, assim, a importância da contínua modernização científica e da sensibilidade jurídica e social, no exercício da atividade jurisdicional, a fim de garantir que a ciência jurídica, efetivamente, atinja sua finalidade harmonizadora das relações sociais.

## 7. Bibliografia

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Introdução e tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- EFING, Antônio Carlos. *Banco de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: RT, 2002.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. Palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura, no curso *Temas contemporâneos da responsabilidade civil*. São Paulo, 2017.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, 1997.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Revista Jurídica UNIRONDON*, n. 3, 2002.
- LOPES FILHO, Altair Rodrigues. *Responsabilidade civil dos sistemas de proteção ao crédito: enfoque doutrinário e jurisprudencial*. Rio de Janeiro, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). *Questões agrárias: julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Método, 2002.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.



# O erro e a responsabilidade civil por ato médico na cadeia de fornecimento

**Guilherme Ferreira da Cruz<sup>1</sup>**

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Precedente complexo e paradigmático; 3. Direito positivo; 3.1. Conceito de fornecedor e de serviço; 3.2. Rol dos direitos básicos do consumidor; 3.3. A exceção subjetiva das excludentes de responsabilidade; 4. Pressupostos clássicos; 4.1. Conduta; 4.2. Elemento subjetivo; 4.3. Nexo causal; 4.4. Dano; 4.4.1. Perda de uma chance; 5. Erro médico e sua prova; 5.1. Inversão do ônus econômico da prova; 6. Excludentes de responsabilidade x culpa; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

## 1. Introdução

Independentemente da evolução histórica que marca e gradua o instituto da responsabilidade civil, que agora não cabe esquadrinhar<sup>2</sup>, é possível inferir – deixando de lado algumas distinções técnico-científicas – que toda essa estrutura parte do adágio *neminem laedere*, ou seja, o dever genérico de não lesar, de não causar dano a outrem.

Mas se esse dever não é observado, seja no âmbito da inexecução de uma prestação assumida (contratual), seja em razão do inadimplemento normativo (extracontratual), surge a obrigação de reparar o prejuízo causado<sup>3</sup>.

Com precisão, esclarece Silvio Rodrigues que “realmente o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado”<sup>4</sup>.

Daí o conceito proposto por Álvaro Villaça Azevedo: “responsabilidade civil é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou, ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem”<sup>5</sup>.

## 2. Precedente complexo e paradigmático

O caso escolhido para balizar o silogismo que se propõe, após uma análise dos possíveis desdobramentos fático-jurídicos da responsabilidade civil por ato médico, estabelece

<sup>1</sup> Doutor em Direito Civil pela USP, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES-Santos; Pós-graduado em Direito do Consumidor pela EPM. Professor de Direito do Consumidor da Universidade Metropolitana de Santos e do Programa de Pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Superior de Advocacia. Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON).

<sup>2</sup> Cf. Lei de Talião, Código de Ur-Nammu, Código de Manu, Código de Hamurabi (previa a pena de amputação das mãos ou a morte pelo insucesso do médico) e Lei das XII Tábuas.

<sup>3</sup> SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile*. Paris, 1939. v. I, n. 1.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4, p. 6, i. 2.

<sup>5</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 244.

estruturas referenciais hipotéticas de causa e de consequência visando a dirimir os percalços ordinários que esse tipo de conflito apresenta.

Relevantes os arquétipos, até porque já principiologicamente repetidos pelo intérprete soberano da legislação federal em oportunidade posterior;<sup>6</sup> no entanto, a expressão “se não concorreu para a ocorrência do dano” inserida no item “ii”, além de ser a mais polêmica, está – no meu sentir – a demandar melhor reflexão acerca do seu potencial alcance. Vejamos, no que agora interessa, a ementa:

*A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada:*

*(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);*

*(ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano;*

*(iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC)<sup>7</sup>.*

### 3. Direito positivo

O nosso Código Civil<sup>8</sup> define o modelo geral da responsabilidade civil em dois instantes: “a) aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”<sup>9</sup> e “b) aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”<sup>10</sup>.

Destaque-se que os elementos nucleares são cumulativos: violar direito + causar dano.

*O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se*

<sup>6</sup> STJ, AgRg no AREsp 768.239/MT, rel. Min. Raul Araújo, j. 16.02.2016.

<sup>7</sup> STJ, REsp. 1.145.728/MG, rel. p/Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.06.2011.

<sup>8</sup> Aprimorando o modelo do art. 159 do Código de 1916.

<sup>9</sup> CC, art. 186.

<sup>10</sup> CC, art. 927, caput.



*restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no statu quo ante. Impera neste campo o princípio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzarro, in Daños, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados<sup>11</sup>.*

Ganham relevo, ainda, em especial para situar – de modo adequado – a problemática posta, três dispositivos do CDC:

### 3.1. Conceito de fornecedor e de serviço

*Art. 3°. 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.*

*[...]*

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

### 3.2. Rol dos direitos básicos do consumidor

*Art. 6° São direitos básicos do consumidor:*

*I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;*

*[...]*

*III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;*

*[...]*

*VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;*

*VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;*

*VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.*

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13, i. 3.

### 3.3. A exceção subjetiva das excludentes de responsabilidade

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

*[...]*

*§ 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*

Não há dúvida, portanto, que a atividade médica é regulada pelo CDC, inclusive – como regra<sup>12</sup> – quanto ao prazo prescricional de cinco anos<sup>13</sup>, contados do conhecimento do dano e da sua autoria, para a propositura da ação indenizatória pelo paciente<sup>14</sup>.

### 4. Pressupostos clássicos

São quatro: conduta (ação ou omissão), elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa), nexo causal e dano, conquanto possam os dois intermediários – filtros tradicionais da reparação – estar em processo de *erosão*<sup>15</sup>.

#### 4.1. Conduta

Interessa, neste tópico, que a ação e/ou a omissão podem decorrer de ato próprio ou de terceiro. Veja-se, a propósito, a disciplina do Código Civil:

*Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:*

*[...]*

*III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.*

*Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.*

Outras não são as balizas do CDC: “Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

#### 4.2. Elemento subjetivo

Dolo é intenção, vontade consciente e deliberada dirigida à violação de um direito e/ou de um dever jurídico; enquanto a culpa é a falta de diligência.

<sup>12</sup> A exceção encontra ressonância na teoria do diálogo das fontes, adotada pelo direito positivo brasileiro (CDC, art. 7º, par. ún).

<sup>13</sup> CDC, art. 27.

<sup>14</sup> STJ, REsp. 731.078/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 13.12.2005.

<sup>15</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11-12.

Percuciente, neste particular, é a lição de Carlos Roberto Gonçalves quanto aos graus de culpa:

*A teoria subjetiva desce a várias distinções sobre a natureza e extensão da culpa. Culpa lata ou “grave” é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo. Culpa “leve” é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa “levíssima” é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular<sup>16</sup>.*

Mas não se ponha no obívio que o legislador brasileiro adotou o modelo romano segundo o qual a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege aquilia et levissima culpa venit*); contudo, sem relevância no *quantum* reparador, que se mede – quase sempre<sup>17</sup> – pela extensão do dano<sup>18</sup>, não pela intensidade da culpa, embora a concorrente interfira na liquidação<sup>19</sup>.

A inobservância desse cuidado necessário se manifesta de três formas: a) a imprudência; b) a negligência; e c) a imperícia.

A imprudência é um comportamento ativo/positivo (determina o perigo), ao passo que a negligência é negativa (deixa-se de tomar as cautelas exigíveis, não se faz algo que a prudência recomenda). A imperícia, a seu turno, é a falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão, lídimo despreparo técnico e prático<sup>20</sup>.

Lembra Damásio Evangelista de Jesus que se:

*[...] o sujeito realiza uma conduta fora de sua arte, ofício, profissão, não se fala em imperícia, mas em imprudência ou negligência. A imperícia pressupõe que o fato tenha sido cometido no exercício desses misteres. Além disso, é possível que, não obstante o fato tenha sido cometido no exercício da profissão, ocorra imprudência ou negligência. A imperícia não se confunde com o erro profissional. É o caso do médico que emprega determinada técnica ao executar uma intervenção cirúrgica em face de escusável erro de diagnóstico<sup>21</sup>.*

### 4.3. Nexo causal

Nexo causal é o liame que se estabelece entre o fato lesivo e o dano (autêntico processo técnico de probabilidade), imprescindível matriz geradora da indenização. Suas principais teorias são: a) da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), por demais genérica a vincular todas as concausas; b) da causalidade adequada (a causa deve ser

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 475-477, n. 84.

<sup>17</sup> CC, art. 944, par. ún.: se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

<sup>18</sup> CC, art. 944.

<sup>19</sup> CC, art. 945.

<sup>20</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. São Paulo: RT, 2010. p. 89, i. 1.7.

<sup>21</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 257-258, i. 5.

capaz de produzir o dano, não meramente acidental); c) dos danos diretos e imediatos, inscrita – para alguns – no art. 403 do Código Civil<sup>22</sup>.

#### 4.4. Dano

O dano pode ser conceituado como toda diminuição de patrimônio<sup>23</sup>, por óbvio material ou extrapatrimonial.

O prejuízo material, representativo das perdas e danos, tem duas elementares, cumulativas ou não: a) o que o credor efetivamente perdeu (dano emergente) e b) o que ele razoavelmente deixou de lucrar (lucro cessante)<sup>24</sup>.

Já o dano moral, que tem base constitucional<sup>25</sup>, é reparável de modo autônomo, mesmo que desdobrado em suas variantes<sup>26</sup>. Ou seja, como anotei em sede doutrinária, “na composição dos danos derivados do mesmo fato, pode-se chegar à seguinte equação: indenização = dano material + dano moral lato sensu [dano moral stricto sensu + dano à imagem (estético)]”<sup>27</sup>.

No que tange à sua prova, afirma o sistema jurídico que a perda material não se presume, não pode ser hipotética ou imaginária; e a sua existência – sob ônus exclusivo da vítima<sup>28</sup> – há de ser esclarecida no processo cognitivo (de conhecimento), ou seja, na fase seguinte (de liquidação) tão-só o respectivo *quantum* é que será revelado<sup>29</sup>.

Especifica o Código Civil:

*Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.*

*Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.*

*Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.*

A disciplina do dano extrapatrimonial é diversa.

Verificada a execução obrigacional imperfeita que ultrapassa o limite do aceitável<sup>30</sup>, como no erro médico, caracteriza-se o ato ilícito diante da ofensa danosa à esfera de

<sup>22</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit., p. 253-254, i. 5.

<sup>23</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4, p. 199, i. 10.1.

<sup>24</sup> CC, art. 402.

<sup>25</sup> CF, art. 5º, V e X.

<sup>26</sup> STJ, Súms. 37 e 387.

<sup>27</sup> CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção*. São Paulo: RT, 2008. p. 158, i. 4.1.3.1.

<sup>28</sup> CPC, art. 373, I.

<sup>29</sup> STJ, REsp. 36.784/SP, rel. Min. Ary Pargendler, j. 13.12.1996; REsp. 35.997/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.06.1994.

<sup>30</sup> CC, art. 187.

dignidade e aos direitos básicos do paciente consumidor, a quem o Estado deve defender<sup>31</sup>, reprimindo todos os abusos praticados no mercado<sup>32</sup>, tanto que, “a partir da consagração do direito subjetivo constitucional à dignidade, o dano moral deve ser entendido como sua mera violação”<sup>33</sup>. “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”<sup>34</sup>.

Cumpre notar que este especial prejuízo não está circunscrito a um mero fenômeno psíquico, uma sensação psicossomática desagradável conhecida – em sentido amplo – como dor, angústia, sofrimento, tristeza, humilhação (dano subjetivo<sup>35</sup>). Essa é apenas uma das inúmeras espécies do grande gênero *dano extrapatrimonial*, que também não se esgota na violação dos chamados direitos da personalidade (dano objetivo); afinal, os direitos da personalidade compõem apenas uma parcela do patrimônio imaterial protegido pelo sistema jurídico, mas não a única.

A classificação do dano apenas pelo critério da patrimonialidade não alcança o extenso plano dos danos morais; entretanto, analisando-se a matéria com os olhos voltados à defesa dos consumidores, mais fácil será o entendimento e a compreensão acerca, v.g., do dever de indenizar pela simples falha do produto ou do serviço fornecidos – sem reflexos patrimoniais diretos nem morais, se considerados *stricto sensu* – ou seja, tão-só pela quebra da expectativa legítima da correção, da qualidade e da segurança oferecidas.

É o que se entende como *damnum in re ipsa*, que dispensa prova de maiores consequências, patrimoniais ou morais<sup>36</sup>. O dever de indenizar decorre – de modo imediato<sup>37</sup> – da prova do fato lesivo e da quebra da confiança e da justa expectativa do paciente, cabendo ao juiz valorá-lo, pois “fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento, etc.) equivale a lançá-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais”<sup>38</sup>.

*Despreza-se, assim, a investigação do subjetivo do ofensor (dolo ou culpa), visto que basta a lesão em si mesma. Evidenciada a conduta lesiva, ou definida objetivamente sua repercussão negativa, surge a obrigação de reparar. O dano moral existe no próprio fato violador dos direitos da personalidade da vítima (ex facto), impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva*<sup>39</sup>.

### E como diferenciar *dano moral* do *mero aborrecimento*?

Com todo respeito, essa teoria do mero aborrecimento foi criada e até hoje é repetida simplesmente para evitar a indenização extrapatrimonial. É um equívoco subjetivo e cômodo. O intérprete, principalmente o juiz, há de evitá-la ao máximo, visto que – como no dito popular – “pimenta nos olhos dos outros é *colírio*”.

<sup>31</sup> CF, art. 5º, XXXII.

<sup>32</sup> CDC, art. 4º, II e VI.

<sup>33</sup> STJ, REsp. 1.328.916/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01.04.2014.

<sup>34</sup> Enunciado 363 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal.

<sup>35</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 157-159.

<sup>36</sup> STJ, REsp. 608.918/RS, rel. Min. José Delgado, j. 20.05.2004.

<sup>37</sup> STJ, REsp. 196.024/MG, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 02.03.1999.

<sup>38</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, 5ª ed., cit., p. 109.

<sup>39</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 203-204.

O julgador deve se colocar no lugar da vítima e tentar visualizar o que, de fato, ela suportou durante a violação dos seus direitos legítimos, assegurados legal e constitucionalmente.

Vale lembrar que é direito básico do consumidor a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais<sup>40</sup>, pena de se fomentar o abuso e as iniquidades.

#### 4.4.1. Perda de uma chance

Algumas vezes a inadequação do ato médico (comissivo ou omissivo) impede tenha o consumidor o melhor tratamento disponível, sem que isso implique – seguramente – o indispensável nexos etiológico de causa e efeito com o mal maior que se instalou.

Essa falha do dever de cuidado, anexo à boa-fé objetiva (vetor do piso ético exigível), compromete os direitos da sua personalidade, conquanto não se ignorem as eventuais e possíveis complicações que escapam à previsibilidade científica.

Incide, aqui, a *teoria da perda de uma chance*, conhecida no direito francês como *perte d'une chance*, visto que do paciente fora suprimido quicá um resultado favorável em plenitude (real e séria possibilidade de êxito). Há, nas palavras de Daniel Amaral Carnáuba, uma *incerteza contrafactual*<sup>41</sup>.

Sérgio Cavalieri Filho, por oportuno, após esclarecer que nesse instituto “o que se perde é a chance de cura e não a continuidade de vida”, preleciona com mestria:

*[...] o problema gira em torno do nexos causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se há erro médico e esse erro provoca ab origine o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico<sup>42</sup>.*

Quando isso ocorre, não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando a prova da certeza da chance perdida (a frustração de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda), não uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória<sup>43</sup>, esta – como bem autônomo, apesar de subordinado à vantagem que se perdeu<sup>44</sup> – o objeto de reparação pelo seu proporcional equivalente econômico<sup>45</sup>, a ser objetivamente

---

<sup>40</sup> CDC, art. 6º, VI.

<sup>41</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p. 31-32, i. 26.

<sup>42</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 395, i. 113.9.

<sup>43</sup> STJ, REsp. 614.266/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18.12.2012; REsp. 1.354.100/TO, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.10.2013.

<sup>44</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 128-131, i. 127.

<sup>45</sup> STJ, REsp. 1.291.247/RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.08.2014; REsp. 1.383.437/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27.08.2013; REsp. 1.254.141/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012.

aferido ou arbitrado pelo juiz, mas sempre de acordo com “as probabilidades envolvidas e a expectativa aleatória almejada”<sup>46</sup>.

Note-se que,

*se fosse possível estabelecer, sem sombra de dúvida, que a chance teria logrado êxito, teríamos a prova da certeza do dano final e [...] o ofensor seria condenado ao pagamento do valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria com a vitória na demanda judicial. Por outro lado, se fosse possível demonstrar que a chance não se concretizaria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar*<sup>47</sup>.

## 5. Erro médico e sua prova

Tais premissas são indispensáveis para se compreender, a partir da exceção subjetiva de responsabilidade<sup>48</sup>, como se dará a verificação do erro médico.

Pois bem. O art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90 encerra norma dotada de tónus material, que somente alça contornos processuais se e quando o ônus for efetivamente invertido<sup>49</sup>, antes disso a abstrata preocupação é com a facilitação da defesa do consumidor e com a garantia da paridade de armas<sup>50</sup> em juízo; tanto é assim que são consideradas nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”<sup>51</sup>.

A se distinguir de outras previsões dispersas na Parte Especial, a exemplo dos arts. 12, § 3º, 14, § 3º, e 38, onde a inversão (ou mera atribuição) opera *ex vi legis*, o instituto só ganha relevo a *critério do juiz, segundo as regras ordinárias de experiência*<sup>52</sup>, dès que presentes um dos seus requisitos (não cumulativos): a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor, por isso é *ope iudicis*.

Organizou-se uma forma de apartar o consumidor das dificuldades impostas pelo direito processual comum, que atribui o ônus da prova do fato a quem o alega<sup>53</sup>, moldura que poderia se revelar desastrosa nas relações de consumo – certamente a ponto de esvaziar a proteção constitucional idealizada – ante a total falta de gerência do consumidor sobre o processo produtivo, cujo único titular é o fornecedor.

Seu espectro de incidência é geral, alcançando todas as situações em que, pela disciplina comum, a prova do fato caberia ao consumidor, inclusive quando o próprio Código faz isso<sup>54</sup>.

<sup>46</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 175-181, S. 1, §§ 1 e 2, i. 168 usque 174.

<sup>47</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 101.

<sup>48</sup> CDC, art. 14, § 4º.

<sup>49</sup> MARQUES, Claudia Lima et al. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008. p. 61-62.

<sup>50</sup> Sobre paridade de armas (*waffengleichheit*), cf. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 244-245, i. 27.

<sup>51</sup> CDC, art. 51, VI.

<sup>52</sup> CPC, art. 375.

<sup>53</sup> CPC, art. 373, I.

<sup>54</sup> CDC, art. 14, § 4º.



*A rigor, no caso, serão dois os momentos de produção de prova e, portanto, dois os momentos da averiguação da possibilidade – e necessidade, como vimos – de inversão. O primeiro é o da prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano e o serviço, com a indicação do profissional responsável. O segundo o da culpa do profissional liberal, prestador do serviço. Em ambos os casos a inversão poderá dar-se<sup>55</sup>.*

Não há dúvida, assim, que a inversão do ônus da prova é – nestes casos e como abordei em sede doutrinária<sup>56</sup> – plenamente factível, agora também na perspectiva da legislação comum<sup>57</sup>, sobretudo em razão da cristalina hipossuficiência técnica dos consumidores, alheios às particularidades inerentes ao exercício da ciência médica; todavia, isto não significa certeza de vitória, muito menos torna possível a condenação de alguém sem um razoável juízo de certeza acerca da culpa imputada.

Dois detalhes: a) a simples obrigação de resultado, própria à intervenção médica estética<sup>58</sup>, não converte – *per se* – a responsabilidade médica de subjetiva em objetiva<sup>59</sup> e b) é ônus do profissional esclarecer, de modo irretorquível, a correção da sua conduta, quanto às informações inclusive, pouco importando tenha ele sido absolvido<sup>60</sup> ou condenado<sup>61</sup> pelos conselhos administrativos da sua classe (CRM e/ou CFM).

No âmbito do direito à saúde esse inadimplemento formal, por assim dizer, a partir da falha de informação<sup>62</sup>, representa gênese autônoma de culpa porque agride a liberdade e os direitos da personalidade do paciente, passível de reparação autônoma independentemente dos resultados<sup>63</sup>, também lesivos, que venham a surgir do tratamento não esclarecido de modo satisfatório, por insuficiência total ou parcial<sup>64</sup>, dès que vinculada à ocorrência de dano pela sua adoção, a ser demonstrada pela vítima ou desconstituída pelo médico.

Pondera, com moderação, Fernando Campos Scaff que,

*caso o resultado pretendido com o tratamento seja obtido – a despeito do inadimplemento de se buscar, antes, o consentimento expresso e consciente do destinatário –, é evidente que o pleito de indenização não poderá ser formulado como se os piores e maiores danos tivessem ocorrido por um erro de conduta no procedimento clínico, cirúrgico ou laboratorial prestado, mas sim estarão*

<sup>55</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 233.

<sup>56</sup> CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 223-228, i. 5.2.

<sup>57</sup> CPC, art. 373, § 1º.

<sup>58</sup> STJ, REsp. 236.708/MG, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 10.02.2009.

<sup>59</sup> STJ, REsp. 1.180.815/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.08.2010.

<sup>60</sup> TJSP, AC 3003866-63.2004.8.26.0506, rel. Ferreira da Cruz, j. 06.03.2013. Em igual sentido e também da minha relatoria: AC 0123037-85.2005.8.26.0100, j. 06.03.2013.

<sup>61</sup> TJSP, AC 0001834-43.2009.8.26.0157, rel. Ferreira da Cruz, j. 13.26.2012.

<sup>62</sup> TJSP, AC 296.012-4/5-00, rel. De Santi Ribeiro, j. 04.11.2008; AC 497.193-4/5-00, j. 16.04.2008; AC 390.175-4/3-00, rel. José Luiz Gavião de Almeida, j. 03.06.2008.

<sup>63</sup> STJ, REsp. 467.878/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 05.12.2002; TJSP 0025724-88.2009.8.26.0196, rel. Ferreira da Cruz, j. 03.10.2012; TJSP, AC 0045196-89.2007.8.26.0602, rel. João Pazine Neto, j. 07.02.2012.

<sup>64</sup> Lembra a professora Teresa Ancona LOPEZ, aula proferida no curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, em 09.09.2009, que na Espanha, mesmo com o resultado final obtido, responde o médico pelos reflexos lesivos não informados do tratamento.



*circunscritos a uma outra ordem de valores, em especial aquela do ressarcimento de danos morais*<sup>65</sup>.

O prontuário, neste passo, exsurge como eficaz interlocutor entre o presente e o passado, a permitir – a um só tempo – possa o médico justificar documentalmente suas opções terapêuticas e tenha o juiz a mais precisa reprodução do que antecedeu no sinistro; logo, o seu preenchimento imperfeito e/ou lacunoso (não discriminado) firma a culpa do profissional e não pode ser interpretado contra o consumidor<sup>66</sup>.

### 5.1. Inversão do ônus econômico da prova

O próprio sentido da inversão está em relegar a prova à parte que tenha melhores condições – principalmente técnicas, mas também econômicas – de produzi-la; aliás, são esses os contornos da teoria da carga dinâmica.

*Para a teoria da carga dinâmica da prova o que importa, em determinadas situações, não é tanto a posição processual das partes ou seu interesse jurídico em ver admitido o fato probando, mas sim a maior facilidade em sua demonstração, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos ou pela detenção de informações sobre os fatos da causa. A teoria não desconsidera por completo as regras gerais de distribuição do ônus da prova. O que procura fazer é flexibilizar essas regras, adaptando-as às peculiaridades do caso concreto e às especificidades das partes litigantes, tornando mais efetiva e justa a tutela jurisdicional*<sup>67</sup>.

Aqui surge a questão do ônus econômico da prova. Estaria ele abrangido pela inversão? A eficácia condicionante da Parte Geral do CDC só admite a resposta afirmativa<sup>68</sup>, até porque menos gravosa ao fornecedor<sup>69</sup>, porquanto a prova seria produzida, com possibilidade do seu sucesso inclusive.

<sup>65</sup> SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

<sup>66</sup> TJSP, AC 0001807-27.2009.8.26.0071, rel. Ferreira da Cruz, j. 26.06.2013. Em igual sentido e também da minha relatoria: AC 0013611-57.2008.8.26.0481, j. 06.03.2013; AC 0025724-88.2009.8.26.0196, j. 03.10.2012.

<sup>67</sup> WATANABE, Kazuo *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 6.

<sup>68</sup> Ao enfrentar a mesma indagação, esclarece Luiz Antonio Rizzatto Nunes (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155-156): “[...] a resposta salta aos olhos: se o sistema legal protecionista cria norma que obriga à inversão do ônus da prova, como é que se poderia determinar que o consumidor pagasse as despesas ou honorários? Uma vez determinada a inversão, o ônus da produção da prova tem de ser da parte sobre a qual recai o ônus processual. Caso contrário, estar-se-ia dando com uma mão e retirando com a outra. Se a norma prevê que o ônus da prova pode ser invertido, então automaticamente vai junto para a outra parte a obrigação de proporcionar os meios para sua produção, sob pena de – obviamente – arcar com o ônus de sua não-produção. Se assim não fosse, instaurar-se-ia uma incrível contradição: o ônus da prova seria do réu, e o ônus econômico do autor (consumidor). Como este não tem poder econômico, não poderia produzir a prova. Nesse caso, sobre qual parte recairia o ônus da não-produção da prova?”.

<sup>69</sup> Orienta Kazuo Watanabe *et al.* (Op. cit., p. 10) que, “[...] sendo o consumidor, em tais condições, economicamente hipossuficiente, será ele dispensado dos gastos com as provas. O mais que o magistrado poderá fazer, tal seja o custo da prova a ser colhida, por exemplo, uma perícia especializada e sua impossibilidade prática de realização gratuita, é determinar que o fornecedor suporte as despesas com a prova. O texto legal em análise permite semelhante interpretação, que conduziria a uma solução menos rigorosa que a de inversão do ônus da prova”.

A jurisprudência – não se desconhece – oscila, ora admitindo o espectro amplo da inversão, ora negando-o com base na disciplina geral prevista nos arts. 82 e 95 do CPC<sup>70</sup>, o que – sem dúvida – coloca à margem o caráter prevalecente da Lei 8.078/90.

Observe-se: a inversão econômica não impõe que o fornecedor produza essa ou aquela prova. A essência de ônus permanece intacta; no entanto, tal qual orienta o STJ, embora ele não fique obrigado a antecipar os salários do perito, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo consumidor<sup>71</sup>.

Perfeitamente possível, então, mas sempre preservando a defesa do consumidor, separar essas duas inversões de ônus: o da prova e o do seu encargo econômico; contudo, se o juiz entender imprescindível a abertura de específica instrução, notadamente a técnica, para conhecer a plenitude do debate travado no litígio (valor do dano causado inclusive), só ao fornecedor suficiente podem ser atribuídos os percalços da produção probatória.

*Trata-se, em suma, da adoção, em matéria de direito do consumidor, da carga dinâmica da prova, superando a velha regra do art. 333 do CPC, para que o “risco de não provar” recaia sobre quem estiver mais próximo da prova dos fatos e tenha maior facilidade de demonstrá-los, como no caso de hipossuficiência do consumidor<sup>72</sup>.*

## 6. Excludentes de responsabilidade x culpa

Por este prisma, cabe ao médico a prova de que, *tendo prestado o serviço, o defeito inexistente* (total retidão de conduta) ou que o dano decorreu da *culpa exclusiva do consumidor* (v.g., abandono do tratamento) *ou de terceiro* (v.g., outro profissional, nosocômio, etc.)<sup>73</sup>.

Fica claro, assim, que a análise do elemento subjetivo (dolo ou culpa) importa à verificação do nexo causal, dotado de tônus objetivo.

E a responsabilidade/culpa do médico, celetista ou não (no mínimo vinculado por uma espécie de cooperação contratual)<sup>74</sup>, dêis que derivada de ato técnico privativo seu<sup>75</sup>, funciona como liame autorizador – *ipso facto* – da projeção do dever de indenizar sobre o hospital e/ou a operadora de saúde (convênio)<sup>76</sup>.

Ainda que para alguns o credenciamento não possa ser evitado/impedido pelo hospital, na contramão do que de fato se verifica na modulação desse especial e economicamente proveitoso elo profissional/comercial, qualquer dúvida – aqui – há de ser debatida na via de regresso, sem nenhum prejuízo ao paciente consumidor.

<sup>70</sup> CPC/73, arts. 19 c.c. 33.

<sup>71</sup> STJ, AgRg. no REsp. 1.042.919/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 05.03.2009. Em igual sentido e da mesma Corte: REsp. 466.604/RJ, j. 07.04.2003; REsp. 435.155/MG, j. 11.02.2003; REsp. 443.208/RJ, j. 11.02.2003; REsp. 437.425/RJ, j. 15.08.2002.

<sup>72</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Contratos de consumo e ônus da prova. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 359. (Série GVlaw).

<sup>73</sup> CDC, art. 14, § 3º.

<sup>74</sup> STJ, REsp. 1.216.424/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2011; REsp. 258.389/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.06.2005.

<sup>75</sup> TJSP, AC 0042888-15.1999.8.26.0100, rel. Ferreira da Cruz, j. 13.03.2013.

<sup>76</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 214.

Não se deslembre que, embora não haja entre a operadora de saúde e seus sujeitos credenciados uma típica preposição, resta inegável que eles atuam no mercado como titulares da mesma cadeia produtiva, parceiros de negócios coligados por certo vínculo de reciprocidade econômica (unitário e monolítico), numa autêntica rede contratual<sup>77</sup>.

A solidariedade entre eles, portanto, avulta clara como o sol que reluz<sup>78</sup>; daí por que orienta o STJ que “quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestam”<sup>79</sup>.

## 7. Conclusão

A medicina, na linha do preciso magistério do Min. Luis Felipe Salomão, do STJ, passou – ao longo da evolução do homem – de *mágica à arte/ciência* e a ela foi atribuída a finalidade de prevenir, aliviar, tratar e curar enfermidades. O mundo experimentou, nessa nova fase, um movimento pendular na busca do equilíbrio entre a irresponsabilidade quase total (primórdios até o início do século XX) e a exacerbação da responsabilidade do médico (especialmente a partir da década de 1980). Os fatores preponderantes para essa mudança de paradigma foram: a) a sensível piora do ensino médico; b) a *despersonalização* do paciente como reflexo da medicina de massa; c) a explosão de demandas judiciais a questionar esse especial vínculo entre médico e paciente<sup>80</sup>.

Daí a fundamental importância de bem entender as complexas e específicas implicações jurídicas que gravitam em torno da prestação do serviço médico no mercado de consumo, desde antes do início do tratamento até a o pós-alta plena (v.g., ampla informação, consentimento livre e esclarecido, anamnese, diagnóstico, opções terapêuticas, problemas/dúvidas posteriores, etc.).

Isto também na perspectiva dos seus parceiros solidários (hospital e operadora de saúde), pouco importando a existência – ou não – de vínculo de emprego ou de subordinação, pois o liame de cooperação contratual que os atrela basta para autorizar a projeção ampla do dever de indenizar, em prestígio ao direito básico do consumidor à efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais que lhe foram impingidos.

Qualquer dúvida entre os sujeitos da cadeia de fornecimento, únicos beneficiários econômicos da relação obrigacional, há de ser debatida na via de regresso, sem nenhum prejuízo ao paciente; quando, aí sim, será importante esquadrinhar acerca de quem *concorreu para a ocorrência do dano*.

E prova da correção de conduta (inexistência de erro) cabe àqueles que exploram lucrativamente a ciência médica.

## 8. Bibliografia

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>77</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 58. (Série GVlaw).

<sup>78</sup> CDC, arts. 7º, par. ún., c.c. 25, § 1º.

<sup>79</sup> STJ, REsp. 138.059/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.06.2001; REsp. 164.084/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 17.02.2000.

<sup>80</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito privado: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 295-296, i. 1.

- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção*. São Paulo: RT, 2008.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GVlaw).
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Contratos de consumo e ônus da prova. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GVlaw).
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal. Parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. São Paulo: RT, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 214.
- MARQUES, Claudia Lima et al. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito privado: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile*. Paris, 1939.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

# Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão crítica, à luz da jurisprudência

*José Jacob Valente<sup>1</sup>*

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Caso paradigmático: acórdão que, antes da efetiva delimitação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica do devedor, constituiu divisor de águas na análise do tema; 3. Responsabilidade patrimonial do devedor na ação de execução. Personalidade jurídica do devedor: o devedor pessoa física e o devedor pessoa jurídica; 4. A desconsideração da personalidade jurídica direta e a desconsideração inversa. Previsão legal a partir do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil; 5. Requisitos para a desconsideração. A fraude como justificativa da desconsideração; 6. Obrigatoriedade de respeito ao contraditório prévio na desconstituição da personalidade jurídica. Procedimento de instauração obrigatória. 7. Honorários advocatícios no incidente julgado improcedente; 8. Interesse recursal do executado original para se insurgir contra decisão que decretou a desconsideração de sua personalidade jurídica; 9. A desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho e em outras leis esparsas. 10. Conclusão.

## 1. Introdução

A desconsideração da personalidade jurídica é prática difundida no direito civil e também no direito do consumidor de, verificadas determinadas circunstâncias, abrandar – e por vezes afastar – a distinção existente entre o patrimônio de uma pessoa jurídica e o patrimônio de seus sócios ou representantes legais para os efeitos do cumprimento de determinadas obrigações, com a finalidade de evitar sua utilização de forma abusiva ou quando essa distinção for obstáculo ao ressarcimento de dano causado a terceiros.

Pode ocorrer também no direito falimentar, no direito do trabalho, e em outras situações que serão relacionadas no curso deste trabalho, quando o patrimônio da pessoa jurídica não for encontrado ou não for suficiente para honrar suas obrigações. Só é possível por meio de decisão judicial, em resposta a requerimento da parte interessada ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

Conforme lembra Vitor Frederico Kumpel, em artigo datado de logo após a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, citando obra de José Edwaldo Tavares Borba,

*A teoria da desconsideração tem origem na Inglaterra, mas seu desenvolvimento se deu com maior grandeza nos Estados Unidos e na Alemanha. Percebidos os inconvenientes supramencionados, toma atitude no sentido de coibi-los o direito norte-americano, criando*

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual Civil pela EPM – Escola Paulista de Magistrados. Professor de Direito Processual Civil da UNIP – Universidade Paulista. Desembargador integrante da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Autor de “Estatuto da Criança e do Adolescente – Apuração do Ato Infracional à Luz da Jurisprudência”, pela Editora Atlas.

*a doutrina da “disregard of legal entity”. Passou-se, mediante seu emprego, a desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando verificada, por parte de seus dirigentes, prática de ato ilícito, abuso de poder, violação de norma estatutária ou infração de disposição legal.*

Sobre o tema, importante lembrar acórdão antigo, mas sempre atual, reiteradamente citado quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica, relatado pelo eminente desembargador Pereira Calças no Agravo de Instrumento nº 9016597-13.2008.8.26.0000 (1.198.103-0/0), que será mais detalhadamente estudado adiante como caso paradigmático, e traz histórico sobre o instituto, e cujo seguinte trecho vem à baila:

*Destaque-se, em primeiro lugar, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – também chamada de doutrina do “Disregard of Legal Entity” ou “lifting the corporate veil” –, de origem inglesa e norte-americana, passou a ser estudada e, posteriormente, aplicada em nosso País, no final dos anos de 1960, a partir de uma conferência proferida pelo saudoso Prof. RUBENS REQUIÃO, realizada na Universidade Federal do Paraná, que foi publicada na Revista dos Tribunais 410/12, sob o título “Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine)”. No pioneiro trabalho nacional sobre o tema, relata o professor paranaense o célebre “case” “Salomon vs. Salomon & Co. Ltd.”, julgado em Londres pela “House of Lords” no ano de 1897, fazendo menção à monografia do Prof. Piero Verrucoli, da Universidade de Piza, sob o título “Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law” e à tese do professor germânico Rolf Serick com a qual conquistou o título de “Privat-Dozent” na Universidade de Tübingen, traduzida para o espanhol pelo Prof. José Puig Brutau sob o título “Aparência y Realidade em las Sociedades Mercantiles – El Abuso de Derecho por Medio de la Persona Jurídica”, publicações científicas que deram embasamento inicial aos estudos sobre o tema objeto deste recurso (R. Requião, Curso de Direito Comercial, 1o volume, Ed. Saraiva, 27a edição, p. 392/394, RT 410/12). No mesmo trabalho são mencionados precedentes de Tribunais norte-americanos que também aplicaram a teoria, como os “cases” “State vs. Standard Oil Co.”, julgado pela Suprema Corte do Estado de Ohio, Estados Unidos, em 1892 e “First Nacional Bank of Chicago vs. F.C. Trebein Company”.*

Levando em consideração que o artigo 20 do Código Civil de 1916 previa que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”, a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade comercial passou a constituir a quebra de um paradigma, para permitir que, sempre observadas determinadas circunstâncias – e não indiscriminadamente –, o patrimônio dos sócios pudesse vir a ser alcançado para honrar obrigações que não foram por eles contraídas, mas pela sociedade da qual eles participam.

Daí a necessidade de se entender a evolução e as justificativas desse instituto, que agora vem disciplinado tanto no Código Civil como no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor, de modo a, por um lado, permitir que se busque a satisfação de uma obrigação, e, de outro, impedir abusos na separação das personalidades jurídicas da empresa e de seus sócios.



É o caso de se enveredar pela análise, ainda que superficial, da responsabilidade patrimonial do devedor, tal como regulada pela legislação vigente, o que se fará a seguir.

## **2. Caso paradigmático: acórdão que, antes da efetiva delimitação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica do devedor, constituiu divisor de águas na análise do tema**

O caso eleito como paradigmático para o desenvolvimento do tema, já citado na introdução, resultou no julgamento do Agravo de Instrumento nº 9016597-13.2008.8.26.0000 (1.198.103-0/0), de relatoria do eminente desembargador e atual Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo, Pereira Calças, em 26/11/2008, já na vigência do Código Civil atual, mas antes do Código de Processo Civil em vigor.

Opta-se por esse acórdão pela novidade, à época, do tema, que recentemente havia sido inserido na previsão da Lei Civil. Além disso, tratou do que agora restou consolidado como “desconsideração inversa da personalidade jurídica”, permitindo que, a partir de execução contra pessoa física, fosse alcançado patrimônio de sociedade comercial da qual o devedor participava.

Também enveredou pelo questionamento da alegada necessidade de que o devedor não tivesse patrimônio suficiente para saldar sua obrigação, concluindo pela suficiência da existência de patrimônio de difícil liquidez para que se pudesse transcender a pessoa do devedor.

Traz vasta citação doutrinária e jurisprudencial, revelando lucidez ímpar na análise da matéria e ilustrando a fundamentação com a evolução histórica do instituto.

Foi citado, repita-se, na introdução, e o será por outras vezes no curso do desenvolvimento do tema nos itens seguintes, como modo de revelar a aplicação concreta do estudo doutrinário que ora se faz.

Transcreve-se, por enquanto, sua ementa:

*Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença condenatória. Deferimento de penhora “on line” de numerário existente em contas bancárias/aplicações do devedor. Frustração da penhora em face da informação da inexistência de saldo nas contas bancárias. Devedor é sócio controlador de sociedades empresárias e considerado o maior revendedor de veículos da América Latina. Pedido de aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica para que a penhora recaia em saldos bancários das sociedades empresárias controladas pelo devedor. Indeferimento pelo juiz de primeiro grau. Reconhecimento da possibilidade de se declarar a desconsideração da personalidade jurídica incidentalmente na fase de execução da sentença, não se exigindo ação autônoma, mas, observando-se o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Prova de que o sócio devedor é, em rigor, “dono” da sociedade limitada e da sociedade anônima fechada, das quais é o presidente, controlador de fato, e, apesar da participação minoritária de sua esposa, ficam elas caracterizadas como autênticas sociedades unipessoais. Confusão patrimonial entre sócio e sociedades comprovada. Patrimônio particular do sócio controlador constituído de bens que, na prática, mesmo que penhorados, não seriam convertidos em pecúnia para a satisfação do credor. Oferecimento de bens imóveis à penhora, que, por se situarem no Estado da Paraíba, distantes mais de*



*2. 600 Km de São Paulo, onde tramita a execução, com nítido escopo de se opor maliciosamente à execução, empregando ardis procrastinatórios, que configura ato atentatório à dignidade da justiça. Agravo provido, para deferir a desconsideração inversa da personalidade jurídica das sociedades empresárias indicadas (Limitada e S/A fechada), autorizada a penhora virtual de saldos de contas bancárias.*

### **3. Responsabilidade patrimonial do devedor na ação de execução. Personalidade jurídica do devedor: o devedor pessoa física e o devedor pessoa jurídica**

O Código Civil é o diploma legal responsável por disciplinar a relação entre os integrantes de uma coletividade, de modo a viabilizar a vida em sociedade, estabelecendo direitos e regulando as obrigações.

Uma vez consolidada uma obrigação, resta à legislação processual estabelecer o caminho a ser seguido para que o devedor inadimplente seja constringido ao seu cumprimento.

É lição de Fredie Didier Jr. que

*[...] a responsabilidade patrimonial (ou responsabilidade executiva) seria, segundo doutrina maciça, o estado de sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis (cf. art. 790, CPC), às providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida. Seria a sujeição potencial e genérica de seu patrimônio. Haveria a possibilidade de sujeição de todos os seus bens (dentro dos limites da lei), não sujeição efetiva e específica de um deles.*

O artigo 789 do Código de Processo Civil atual, repetindo o artigo 591 do Código anterior, estabelece que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Essa previsão tem lugar tanto para a obrigação contraída por pessoa jurídica como para a obrigação contraída por pessoa física, não havendo distinção, principalmente em relação ao credor, na qualidade do devedor contra o qual é direcionada a sua pretensão.

Não sendo cumprida a obrigação voluntariamente pelo devedor, compete ao credor promover-lhe a execução forçada, valendo-se da ação de execução de título extrajudicial ou judicial, neste caso, por meio do cumprimento de sentença. Nesse caso, tratando-se de execução por quantia certa, buscar-se-á patrimônio do devedor que possa ser objeto de alienação pública como meio de obtenção de numerário suficiente para satisfação da obrigação.

A lei processual, em seu artigo 790, estabelece quais são os bens sujeitos à execução, merecendo destaque, pois interessa ao estudo em questão, seu inciso II, que prevê sejam alcançados, no caso de execução contra pessoa jurídica, os bens “do sócio, nos termos da lei”.

A esse respeito, o Código Civil de 2002, incorporando na lei escrita o que já vinha sendo aplicado pela jurisprudência, passou a estabelecer em seu bastante utilizado artigo 50, que

*em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber*

*intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*

Não deixou de assegurar às pessoas jurídicas proteção dos direitos de sua personalidade (art. 52), mas reconheceu a necessidade de proteger seus credores da barreira que se formava com a separação da personalidade jurídica da sociedade empresária, que, por vezes, era utilizada indevidamente como forma de promover o enriquecimento indevido de seus representantes legais ou sócios. Ainda que o devedor só responda com seus próprios bens, presentes e futuros, para o cumprimento das obrigações por ele assumidas, às vezes essa regra pode ser mitigada.

Não se olvide que, ao lado da regra do artigo 805 do Código de Processo Civil, que alberga o princípio da menor onerosidade ao devedor, dizendo que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”, há outro postulado que também deve ser observado pelo Juiz, que àquele ele se sobrepõe e prevê que “[...] realiza-se a execução no interesse do exequente [...]” (CPC, art. 797).

O citado artigo 790, inciso II, mostra que a pessoa jurídica não se desvincula totalmente de seus sócios, cujos patrimônios particulares podem ser atingidos por execução originariamente direcionada contra a sociedade empresária, assegurada a preferência da excussão nos bens da devedora original. Segundo o artigo 795 do Código de Processo Civil, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, a não ser nos casos previstos em lei. E, mesmo assim, o sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade (parágrafo primeiro).

Se o sócio for compelido a pagar dívida que não era originariamente sua, tem direito de se voltar contra a sociedade comercial para tentar obter reembolso.

É o que se viu recentemente no julgamento do recurso de apelação nº 3005027-62.2013.8.26.0581, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde um diretor de cooperativa foi integrado ao polo passivo de processo em fase de cumprimento de sentença, e, tendo sido compelido ao pagamento da obrigação contraída pela cooperativa, contra ela se insurgiu por meio de ação regressiva, obtendo sucesso.

Confira-se a ementa do referido acórdão:

*Ação regressiva – Autor que, após desconsideração, em sede de execução de sentença, da personalidade jurídica da cooperativa da qual fora diretor, pagou pela obrigação principal e busca ressarcimento – Pedido julgado improcedente em primeira instância – Hipótese de reforma do julgado, na medida em que o autor não participou da ação, tendo sido integrado à lide apenas na fase de execução de sentença, cumprindo a obrigação ao credor na condição de garantidor, e não na condição de principal devedor – Eventual responsabilidade do autor pelo nascimento do crédito exequendo que deve ser perseguida em ação própria – Apelo provido” (12ª Câmara de Direito Privado, julg. em 30/05/2017).*

Portanto, o que era apenas construção jurisprudencial e doutrinária passou a integrar o arcabouço legal pátrio, com a previsão tanto da desconsideração da personalidade

jurídica da empresa para alcançar o patrimônio de seus sócios, como com a previsão do que se convencionou chamar de desconsideração inversa, quando, em execuções direcionadas contra pessoas físicas, se avança sobre o patrimônio de pessoas jurídicas da qual ela participe como sócio.

#### **4. A desconsideração da personalidade jurídica direta e a desconsideração inversa. Previsão legal a partir do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil**

Lembra o professor Rizzatto Nunes, que

*[...] na realidade, o fato é que, com o nascimento do mercado empresarial, ficou cada vez mais evidente que a facilidade que se dava para a formação de pessoas jurídicas – especialmente empresas – tinha o preço da permissibilidade para que seus sócios delas se servissem para todo tipo de fraude. De maneira que a legislação passou a prever expressamente a responsabilidade dos sócios, e caminhou-se para o regramento do art. 28 do CDC, que, como se verá, permite a desconsideração não só em caso de fraude, mas até na hipótese de simples má administração (o que é, como se verá, um caso de responsabilidade objetiva).*

A despeito de não se poder presumir a má-fé do empresário, ela não pode ser descartada. E ainda que a malícia não esteja presente, a própria atuação do devedor pode justificar a desconsideração de sua personalidade.

Quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica do devedor, normalmente se pensa em desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade comercial, que, demandada por obrigação que não pode – ou não quer – honrar, não tendo patrimônio idôneo que possa ser constricto, vê o patrimônio de seus sócios ser alcançado para cumprimento de sua obrigação.

Porém, o mesmo Código de Processo Civil que, no artigo 133, previu a instauração de incidente para a desconsideração da personalidade jurídica do devedor pessoa jurídica, também avançou na previsão de que ele igualmente se aplica à desconsideração inversa, quando, a partir da execução contra a pessoa do sócio, se pode alcançar a sociedade empresária da qual ele é participante.

É o que diz o artigo 133, parágrafo segundo: “aplica-se o disposto neste capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica”.

Antes do novo diploma processual não havia regramento próprio para a forma como deveria se dar a declaração da desconsideração da personalidade jurídica, de forma que a doutrina se mostrava dividida: de um lado aqueles que entendiam, em respeito ao devido processo legal, ser necessário o ajuizamento de ação incidental com o exercício do contraditório e da ampla defesa em face dos sócios; outra parte da doutrina entendia que bastava uma decisão fundamentada nos próprios autos do processo, dispensando-se a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade, conforme o caso, posição que passou a ser aceita pelos Tribunais.

Tanto assim, que o STJ pacificou o entendimento no sentido de que a aplicação da teoria da “*disregard doctrine*” dispensava a propositura de ação autônoma: REsp n.º 418.385/SP,

rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 19.6.2007; REsp n.º 1.034.536/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 5.2.2009; AgRg no Agravo em Recurso Especial n.º 9.925/MG, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 8.11.2011; REsp n.º 1.096.604/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2.8.2012; e AgRg no Recurso Especial n.º 1.182.385/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6.11.2014.

Restou assentado no julgamento do REsp n.º 1.096.604/DF acima referido que o contraditório ficava diferido: “[...] sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida a intimação superveniente da penhora [...]”. E no REsp n.º 1.182.620, o Egrégio STJ ressaltou que, “garantido o direito ao contraditório, ainda que diferido, não há falar em nulidade de decisão que desconsidera a personalidade jurídica”.

Quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica inversa, é precedentemente reiteradamente citado como paradigma o já mencionado julgamento do Agravo de Instrumento n.º 9016597-13.2008.8.26.0000 (1.198.103-0/0), em 26/11/2008, relatado pelo insigne desembargador Pereira Calças, cuja ementa já foi transcrita no item 2 deste trabalho.

É acórdão traz citação doutrinária e histórica:

*Relativamente à desconsideração da personalidade jurídica em sentido inverso, quem, a nosso aviso, primeiramente tratou do tema, foi o Prof FÁBIO KONDER COMPARATO, em sua clássica obra “O Poder de Controle da Sociedade Anônima”, no capítulo III, sob o título “Confusão Patrimonial Entre Titular do Controle e Sociedade Controlada. A Responsabilidade Externa ‘Corporis’”, leciona:*

*“137. Aliás, essa desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte no negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial de facto”.*

Da ementa destaca-se que o “reconhecimento da possibilidade de se declarar a desconsideração da personalidade jurídica incidentalmente na fase de execução da sentença, não se exigindo ação autônoma, mas, observando-se o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal”. E também que o “patrimônio particular do sócio controlador constituído de bens que, na prática, mesmo que penhorados, não seriam convertidos em pecúnia para a satisfação do credor”.

Daí decorrem conclusões importantes, que vem sendo aplicadas até hoje, ainda que na vigência da nova legislação processual.

Não havia necessidade de instauração de regular procedimento prévio, desde que se assegurasse ampla defesa e direito ao contraditório, de modo prévio ou diferido. Na vigência do Código anterior, como visto, bastava que se permitisse a discussão, ainda que *a posteriori*, por exemplo, por meio de embargos à execução.

Foi assim que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 2162137-70.2015.8.26.0000, em 09/12/2015, entendendo que

a prova produzida nos autos era suficiente para tornar razoável a inclusão dos agravantes no polo passivo da demanda executória, encaminhando-se, porém, para discussão e julgamento nos embargos interpostos pelas recorrentes a questão da responsabilidade das adquirentes, ora agravantes e também a alegada ilegitimidade.

Outra conclusão importante é o fato de que se mostra recomendável, mas não é indispensável, tanto na desconsideração inversa como na tradicional, que o devedor não tenha patrimônio algum, bastando que seu patrimônio seja insuficiente ou não seja idôneo à satisfação da obrigação.

O acórdão citado constatou, observadas as circunstâncias concretas do caso então em julgamento, que o agravado

*é proprietário de fabuloso e milionário patrimônio, mas, os bens que o integram, se penhorados, jamais seriam arrematados, constituindo “trajetória demorada”, conforme lição de J. Lamartine Corrêa de Oliveira (obra citada na pág. 341), bem como nos termos do escólio de Calixto Salomão Filho que afirma ser inviável a penhora das quotas/ações do devedor, em substituição da desconsideração, pois, o interesse do credor é receber seu crédito e não participar como sócio de seu devedor, ainda mais, na condição de sócio minoritaríssimo (obra citada, pág. 466/468). Dir-se-á que tal assertiva é mera presunção, ficção ou fantasia, como sugere o agravado. Responde-se: trata-se de ilação decorrente das máximas da experiência, utilizadas por magistrado que exerce a judicatura diuturnamente e sem solução de continuidade há mais de 30 (trinta) anos.*

Não é, portanto, mister que o devedor não tenha patrimônio; basta que seu patrimônio seja ilíquido, e sua transformação em dinheiro para saldar a obrigação constituída seja difícil, o que respeita, como visto, o artigo 797 do CPC, que estabelece que “realiza-se a execução no interesse do exequente”.

No caso de desconsideração inversa, onde a execução é dirigida originariamente contra o devedor pessoa física, sequer se deve ver como alternativa ao credor a penhora das cotas do devedor em sociedade empresária da qual seja sócio, pois, conforme acima mencionado, o interesse do credor é receber seu crédito e não participar como sócio de seu devedor, na medida em que as cotas são, no mais das vezes, de difícil alienação a terceiros.

O acórdão ainda traz lição do Prof. Calixto Salomão Filho, na atualização da obra *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, do Prof. Fábio Konder Comparato, no seguinte sentido:

*Mas pode-se ainda perguntar: mesmo nessas hipóteses e ainda que não disponha o sócio de qualquer patrimônio pessoal livre, tudo não se resolveria através da hoje largamente admitida penhora da participação social do sócio (quotas ou ações)? Esta não substituiria a desconsideração?. A resposta decorre diretamente das considerações anteriores. O interesse do credor é o recebimento de seu crédito e não a participação em ou mesmo a venda de quotas ou ações de uma sociedade a respeito da qual não tem qualquer informação. Mesmo o exercício do direito de retirada (dissolução parcial) admitido em alguns casos pela jurisprudência pode não ter qualquer utilidade, caso a sociedade tenha patrimônio líquido negativo. Na verdade, essa constatação contábil nada mais é do que um reflexo na diferença jurídica entre penhora de participação*

*social e desconsideração, qual seja, respectivamente, a existência ou não de concorrência com os credores sociais. No caso de penhora de participações, a preferência é dos credores sociais, já que o pagamento dos haveres se fez pela participação proporcional no saldo positivo do patrimônio líquido. Além disso, do ponto de vista processual, existem vantagens da desconsideração inversa em relação à penhora de quotas. Em primeiro lugar, a desconsideração é mais eficiente para o credor, evitando tanto a demora na avaliação das quotas ou ações como a propositura freqüente de embargos à arrematação que tornam o processo de execução extremamente lento. A penhora de dinheiro (numerário da sociedade) é, por determinação expressa da lei, a única que permite o recebimento do crédito pelo exequente imediatamente após o julgamento dos embargos do devedor em primeira instância, mediante prestação de caução idônea (art. 588, II, do CPC). Em todas as outras, o recebimento do crédito deve esperar primeiramente o julgamento final dos embargos do devedor e em seguida todo o procedimento arrematatório. A diferença de tempo, que pode chegar a até cinco anos, acaba por tornar a execução um instrumento a favor da própria inadimplência. A desconsideração é um dos meios de reduzir tal efeito. Os efeitos da aplicação da teoria da desconsideração são benéficos não apenas para o credor. Podem sê-lo também para o devedor. A desconsideração não apenas torna a execução mais efetiva para o credor. Em certos casos, pode fazer com que a execução seja menos gravosa para o devedor. A desconsideração, ao evitar a alienação compulsória das participações, impede a interferência judicial na sociedade, evitando em certos casos a apuração de haveres relativamente às quotas penhoradas e a conseqüente sangria patrimonial da sociedade ou impedindo que os demais sócios se vejam obrigados a adquirir as quotas para impedir a entrada de terceiros adquirentes (caso o estatuto da sociedade preveja qualquer uma das hipóteses) (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 466-468).*

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, analisando alegação concreta de devedor que afirma dispor de patrimônio suficiente para fazer frente à obrigação assumida, reconheceu que, instaurado o incidente para desconsideração da personalidade jurídica, a existência – ou não – de patrimônio suficiente pode – aliás, deve – ser feita simultaneamente à solução do incidente.

Confira-se a ementa do Agravo de Instrumento nº 2190398-11.2016.8.26.0000, julgado em 14/12/2016 pela 12ª Câmara de Direito Privado:

*Execução Instauração de incidente para desconsideração da personalidade jurídica do devedor Análise da existência (ou não) de bens suficientes à garantia do juízo que deve se dar simultaneamente à decisão do incidente Recurso parcialmente provido, para determinar que, ouvido o exequente, seja analisada a petição que ofereceu créditos à penhora, cuja decisão deverá se dar simultaneamente à solução do incidente Agravo parcialmente provido.*

Oportuna a transcrição do seguinte trecho do citado julgado:



*Reiterados recursos vem tendo o condão de perenizar o feito, o que se tenta evitar em respeito ao princípio da razoável duração do processo. Bem por isso, diante das particularidades do caso concreto, conveniente que a análise da suficiência ou não dos bens oferecidos, bem como e principalmente, sua idoneidade, seja objeto de análise não antes ou depois da instauração do incidente, mas de modo simultâneo ao seu deslinde, se possível em uma só decisão, o que fará com que eventual recurso (ou recursos) sejam interpostos contra um único despacho, agilizando sua resolução, seja qual for o resultado. Em última análise, a inexistência de bens suficientes e idôneos à satisfação do crédito integra o rol das condições necessárias à decretação da desconsideração da personalidade jurídica perseguida.*

Tudo isso com o intuito de proteger o crédito postulado em juízo de eventuais abusos na barreira existente entre a personalidade jurídica da pessoa jurídica e de seus sócios.

### **5. Requisitos para a desconsideração. A fraude como justificativa da desconsideração**

O artigo 50 do Código Civil prevê que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

No direito civil, seriam duas, portanto, as situações que justificariam a desconsideração: o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial da sociedade comercial e de seus sócios ou administradores. Não bastaria que se demonstrasse apenas má administração, que a bancarota tivesse sido motivada por despreparo dos administradores ou que as obrigações assumidas superariam o patrimônio da empresa.

Muito embora o artigo 50 do Código Civil não faça menção explícita à situação de fraude, o certo é que sua formulação legal não exclui a possibilidade de que ocorra a desconsideração também nesse caso. Afinal, a fraude, que não deve ser confundida com a figura típica da fraude contra credores, se caracteriza pela conduta praticada pelo devedor no sentido de prejudicar seus credores, e, nesse sentido, encontra-se abrangida pelo sentido amplo do conceito de abuso do direito da personalidade jurídica. A jurisprudência, em geral, tem adotado essa orientação, e, em alguns casos, tem considerado como situação de fraude condutas como a de emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos.

Já o Código de Defesa do Consumidor ampliou consideravelmente o cabimento da desconsideração quando a obrigação for constituída em virtude de relação de consumo. Previu, em seu artigo 28, que

*o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.*



Estendeu a responsabilidade da devedora às sociedades integrantes de grupos societários e às sociedades controladas, que passaram a ser subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes do Código de Defesa do Consumidor. Previu que as sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis, e que as sociedades coligadas só responderão por culpa.

Mas não fechou a porta para que se possa desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade comercial ainda em outras situações, inserindo previsão bastante ampla no sentido de que “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízo causado aos consumidores” (art. 28, § 5º).

Se, por um lado, isso constitui importante ferramenta destinada a evitar que a personalidade jurídica da empresa devedora seja um obstáculo ao cumprimento de obrigação assumida, por outro lado atribui responsabilidade aumentada ao julgador que terá que decidir pedidos formulados nesse sentido, para que não permita abuso na aplicação dessa norma, autorizando indiscriminadamente o avanço sobre o patrimônio dos sócios ou administradores tão somente diante do pedido formulado sem qualquer fundamento.

## **6. Obrigatoriedade de respeito ao contraditório prévio na desconstituição da personalidade jurídica. Procedimento de instauração obrigatória**

A decretação da procedência do pedido de desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal, evidentemente, não é obrigatória. Não se pode partir da presunção de que todo devedor pessoa jurídica deva ter sua personalidade jurídica desconsiderada; isso só se dará quando – e se – forem apuradas as circunstâncias legais necessárias a tanto, normalmente ligadas à tentativa de frustrar indevidamente o cumprimento de obrigações voluntariamente assumidas. Não se busca, com esse instituto, alcançar que, por exemplo, apenas tenha sido mau administrador.

Bem por isso, a nova legislação processual civil passou a considerar obrigatória a instauração de incidente destinado a apurar previamente a existência dos requisitos indispensáveis à desconsideração, não mais permitindo que, como regra, se postergasse o direito de defesa para momento futuro. Passou a prever, nos artigos 133 a 137, em capítulo nominado como “Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”, a receita para a garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa.

O legislador processual disse que o incidente será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo (art. 133, ‘caput’). A contrário senso, forçoso reconhecer que o juiz não pode, de ofício, determinar que se instaure o procedimento, e muito menos desconsiderar a personalidade jurídica do devedor sem fazê-lo, principalmente porque não se pode forçar o credor a demandar contra quem não queira.

O incidente é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134, ‘caput’). Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno,

*[...] o objetivo do incidente aqui analisado é, em última análise, criar um título executivo (judicial) contra sócio ou, em se tratando de “desconsideração inversa”, contra a pessoa jurídica a autorizar, conseqüentemente, a prática de atos executivos contra o patrimônio de quem, até então, era terceiro em relação ao processo.*

A novidade que se extrai dessa previsão é a possibilidade de se postular a descon sideração da personalidade jurídica do réu até mesmo na petição inicial da ação de conhecimento, quando o autor já estiver antevendo dificuldade na execução de eventual sentença favorável. Nesse caso, não há necessidade de instauração de incidente paralelo para a descon sideração da personalidade jurídica do devedor, bastando que também seja citado o sócio ou a pessoa jurídica para oferecimento de resposta (art. 134, § 2º).

Ainda no dizer de Cassio Scarpinella Bueno,

*[...] o que ocorre em tais casos, contudo, não é, propriamente, a “dispensa” da instauração do incidente. O que se dá é que a petição inicial já trará, coerentemente com a postulação nela manifestada, não só o pedido, mas também a causa de pedir que, na visão do autor, justificam a corresponsabilização do sócio (ou da pessoa jurídica em se tratando da “descon sideração inversa”) desde logo, independentemente de qualquer insucesso na fase de cumprimento de sentença ou, quando for o caso, na petição inicial que abre o chamado “processo de execução”.*

Se o pleito de instauração for incidental, aí o processo será suspenso (§ 3º). Poderá ser determinada instrução quando houver necessidade de produção de outras provas que não aquelas trazidas com o pedido e com a resposta, a ser oferecida no prazo de 15 dias (art. 135). E essa instrução, quando necessária, será seguida de decisão interlocutória (art. 136), que resolverá o incidente, e, por força do sistema recursal vigente, poderá ser impugnada por meio de agravo de instrumento.

O incidente poderá ser instaurado, ainda, diretamente na segunda instância, quando, então, será decidido pelo relator sorteado, a teor do que prevê o artigo 932, inciso VI, do CPC (“incumbe ao relator: [...] VI- decidir o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o Tribunal”). E contra tal decisão caberá agravo interno, tal como anotado pelo artigo 136, parágrafo único do mesmo código.

Indagar-se-á, entretanto, se pode haver situação que justifique a quebra da determinação de prévia oitiva do sócio para que seus bens sejam alcançados.

Como, via de regra, os remédios processuais comportam exceções, esse tema não é diferente. Evidentemente que de modo excepcional, pode ser decretada sem prévia oitiva do interessado, desde que necessária, tutela de urgência ou medida assecuratória (tutela cautelar), v.g., o bloqueio de dinheiro para evitar dilapidação do patrimônio do sócio, que poderá dele se desfazer durante o processamento do incidente.

É claro que, para que isso seja feito, há necessidade de fortes indícios, tanto da responsabilidade do sócio que poderá/deverá passar a integrar o polo passivo da demanda, como da existência de elementos que possam concluir pelo risco de que, se não for tomada medida imediata, não se encontre, no futuro, bens do novo devedor passíveis de constrição.

O artigo 795 do Código de Processo Civil estabelece, em seu parágrafo quarto, que para a descon sideração da personalidade jurídica, direta ou inversa, é obrigatória a observância do incidente que passou a prever, assegurando o direito ao contraditório a quem se pretende seja inserido no polo passivo da demanda. Porém, há que se modular os limites dos direitos das partes, quando se contrapõem interesses do credor e do devedor.

Sobre o tema, anota-se precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em julgamento de recurso de agravo de instrumento, assim decidiu:

*Agravo de instrumento – Cumprimento de sentença – Incidente de desconsideração da personalidade jurídica – Arresto de bens dos sócios da devedora antes da citação – Descabimento do inconformismo da agravante – Medida adequada para garantir o resultado útil do processo, em razão do poder geral de cautela do magistrado, instituídos pelos arts. 297 e 301, do CPC, cuja efetivação observará as normas ao cumprimento provisório de sentença, nos termos do parágrafo único, do art. 297, ainda que requerida como incidente processual, como autoriza o parágrafo único, do art. 294, do CPC, antes mesmo da citação dos réus no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 e seguintes do CPC – Observação de que o julgamento do presente recurso ficou limitado ao pronunciamento judicial recorrido, que deliberou sobre a medida de arresto em incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com instauração deferida, e não sobre a decisão do mérito do incidente a que se refere p art. 136, do CPC, sob pena de supressão de instância – Recurso desprovido (AI nº 2257761-15.2016.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado, julg. em 17/03/2017).*

No caso citado, o juízo “a quo”, ao receber o pedido formulado pela parte, instaurou o incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos, conforme preceitua o art. 133 do CPC, determinando que os sócios fossem citados para se manifestarem sobre o indigitado incidente. Na mesma decisão, visando assegurar o resultado útil do processo, determinou o arresto de bens em nome dos sócios indicados pela agravada, mediante bloqueio dos ativos financeiros dos executados via Bacenjud.

É medida, repita-se, excepcional, que por vezes se mostra imperativa.

## **7. Honorários advocatícios no incidente julgado improcedente**

É regra do Processo Civil que não cabe fixação de honorários advocatícios em meros incidentes, e normalmente, nos incidentes de desconsideração da personalidade jurídica a situação não é diferente. Entretanto, em uma situação particular isso pode ser necessário.

Quando o incidente é instaurado e acolhido, com a inclusão dos sócios do devedor no polo passivo da demanda, os novos codevedores são incluídos na lide e a verba honorária do processo principal a eles também atingirá. Entretanto, quando o incidente é julgado improcedente, reconhecendo-se que não é o caso de se integrar à lide os novos devedores, há, sim, necessidade de fixar, em favor do advogado dos sócios da devedora original, que tiveram que constituir profissional para sua defesa, honorários advocatícios.

Não fosse assim, e os sócios teriam reconhecida a procedência de sua resistência, sem, contudo, se beneficiarem das consequências do princípio da causalidade. A lei processual não prevê solução expressa para a situação concreta, mas não parece justo que o credor deixe de suportar os honorários advocatícios dos sócios da devedora, que se viram obrigados a ingressar em juízo para terem seus direitos preservados.

O tema é novo, mas já foi analisado em 04/05/2017 pelo Poder Judiciário no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2033645-89.2017.8.26.0000, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ementa assim redigida:

*Incidente de desconsideração da personalidade jurídica julgado improcedente – Condenação da exequente, ora agravante, em honorários*

*advocáticos no valor de R\$ 10.000,00 (art. 85, § 8º, CPC), repartidos entre as duas defesas – Pretensão da agravante no afastamento da condenação – Descabimento – Honorários advocatícios que são discutíveis no caso – Entretanto, a exequente deu causa ao incidente, não tendo os sócios da agravada outra alternativa senão contratar advogados para se defenderem – Impossibilidade de seu afastamento – Hipótese de manutenção da decisão agravada – Recurso desprovido.*

É medida de justa remuneração por quem suportou sucumbência ao profissional que representou a parte contrária.

## **8. Interesse recursal do executado original para se insurgir contra decisão que decretou a desconsideração de sua personalidade jurídica**

É previsão da lei processual civil que ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

A partir daí se poderá indagar se o devedor principal pode se insurgir contra decisão que lhe decretou a desconsideração da personalidade jurídica, ou se apenas teria interesse o próprio sócio, integrado à lide. Quem nega essa possibilidade fundamenta sua posição justamente no aludido artigo 18, entendendo que a sociedade comercial não pode defender direito que é de seu sócio, cujas personalidades não se confundem. Caberia ao sócio, e não à executada, a conduta de atacar a decisão proferida; em outras palavras, faltaria à agravante legitimidade recursal. Nesse sentido, entendimento externado pela 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP, no julgamento, em 03/05/2017, do agravo de instrumento nº 2028371-47.2017.8.26.0000.

Respeitado tal entendimento, parece mais razoável se pensar que a legitimidade seja concorrente, tanto da sociedade empresarial como do sócio integrado à lide, já que, cada um a seu modo, ambos podem ter interesse em desconstituir a decisão proferida.

Não se deslembra que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou Recurso Especial sob o regime do art. 543-C do antigo Código de Processo Civil, no qual firmou a tese de que “A pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio” (REsp 1.347.627/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 09.10.2013, DJe 21.10.2013).

Ocorre que na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, nem sempre o recurso da pessoa jurídica terá por finalidade a defesa do interesse dos sócios e isso deverá ser analisado à luz das razões recursais deduzidas. “A pessoa jurídica poderá amparar sua pretensão recursal na defesa de sua autonomia ou de sua imagem perante o mercado. Trata-se de hipóteses em que indubitavelmente há interesse da pessoa cuja personalidade foi desconsiderada” (AI nº 2145657-17.2015.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado do TJSP, julg. em 10/12/2015, rel. o des. Castro Figliolia).

Como foi mencionado alhures, nem sempre a sociedade comercial devedora poderá ser acusada de ter sido manipulada com objetivos escusos, havendo situações em que ela própria possa ter interesse em desfazer decisão que lhe decretou a desconsideração de sua personalidade. Mais recentemente entendeu o Superior Tribunal de Justiça que

*à pessoa jurídica interessa a preservação de sua boa fama, assim como a punição de condutas ilícitas que venham a deslustrá-la. Dessa forma, quando o anúncio de medida excepcional e extrema que desconsidera*

*a personalidade jurídica tiver potencial bastante para atingir o patrimônio moral da sociedade, à pessoa jurídica será conferida a legitimidade para recorrer daquela decisão.*

Bem assim, que

*a lesão injusta ao patrimônio moral, que é valor agregado à pessoa jurídica, é fundamento bastante a legitimá-la à interposição do recurso com vistas à recomposição do estado normal das coisas alterado pelo anúncio da desconsideração, sempre com vistas à defesa de sua autonomia e regular administração (REsp 1208852/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 12.05.2015, DJe 05.08.2015).*

Assim, haverá necessidade de analisar os motivos do recurso para que se possa admitir – ou não – o questionamento da desconsideração pela sociedade empresária, sem radicalismo de sempre ou nunca admiti-lo.

## **9. A desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho e em outras leis esparsas**

As diversas legislações que passaram a prever a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica do devedor não são unânimes ao estabelecer os requisitos necessários para a decretação da medida extrema, mostrando-se distintas na graduação das exigências.

O Código Civil e o ‘caput’ do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor adotaram o que se convencionou chamar de “Teoria Maior da Desconsideração”. É aquela segundo a qual deve ser provado um motivo para que seja decretada a desconsideração, não bastando a simples insuficiência patrimonial da pessoa jurídica.

O art. 50 do Código Civil diz que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, prevê, em seu artigo 28, que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Resta claro que o Código Civil exige, para desconsideração da personalidade jurídica, o abuso da personalidade, caracterizado quando há desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Nesta última hipótese pode-se falar até em vedação ao comportamento contraditório (“*venire contra factum proprium non potest*”), pois, se o sócio não mostra interesse em separar seu patrimônio pessoal do patrimônio da pessoa jurídica da qual participa, não pode exigir que seu credor o faça.

Em contrapartida, a “Teoria Menor da Desconsideração” abraça o entendimento de que a insuficiência patrimonial da pessoa jurídica é o quanto basta para que seja decretada

a desconsideração da sua personalidade. Esta teoria vem estampada no parágrafo 5º, do artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que também possa ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Com a utilização da expressão “*de alguma forma*” o legislador deixou aberto o caminho para a interpretação das circunstâncias do caso concreto como suficientes para a decretação.

Já quando nos deparamos com processos na Justiça do Trabalho, vemos que, uma vez provada a existência da relação de emprego, os julgadores têm optado pela aplicação, por analogia, do artigo 28, § 5º do CDC, ou seja, da Teoria Menor da Desconsideração. O fundamento para essa opção estaria no Princípio da Igualdade Substancial, que encontraria amparo tanto da CLT, quanto do CDC. Aplicar-se-ia uma norma jurídica em abstrato, protetiva da parte que se mostre dotada de hipossuficiência. Parte-se da presunção de que o empregado é hipossuficiente em face do empregador, assim como o consumidor é hipossuficiente em face do fornecedor.

Na prática acaba sendo aplicada uma terceira teoria, própria do Direito do Trabalho e aceita pela doutrina e jurisprudência trabalhista, que possibilita a desconsideração da personalidade jurídica mediante simples requerimento: é a “Teoria do Risco da Atividade Econômica”.

Segundo essa teoria, no momento em que o empregado aceita, por contrato individual de trabalho, receber como contraprestação por sua força de trabalho um salário, isso geraria um resultado positivo para seu empregador, consistente no lucro de sua atividade. Em contrapartida, esse empregador assumiria o risco de eventual prejuízo advindo dessa contratação.

A fundamentação legal dessa teoria é considerada inserta no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Não poderia, então, o empregador, transferir esse risco para o empregado. Se não puder honrar seus compromissos, eles o serão por seus sócios ou administradores, que teriam sido beneficiados, ainda que indiretamente, pelo trabalho dos empregados contratados pela sociedade empresária.

Nessa linha de raciocínio, sendo caracterizada a insolvência da empresa empregadora, nas obrigações decorrentes de relação de trabalho a teoria da desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada mesmo quando não haja desvio de finalidade e ainda que a pessoa jurídica seja utilizada nos termos da lei. Tal conclusão, porém, ainda que mais benéfica em relação ao trabalhador, não é imune a críticas por sua excessiva liberalidade.

Em suas respectivas áreas, tanto o Código de Defesa do Consumidor – CDC como a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT trazem ferramentas para proteção de quem, supostamente, representa a parte mais frágil das relações.

É dizer do professor Nehemias Domingos de Melo que

*[...] fazendo uma analogia, podemos dizer que o Código de Defesa do Consumidor é para o consumidor o que a Consolidação das Leis do Trabalho é para o trabalhador: ambas são legislações dirigidas a determinado segmento da população, visando a uma proteção especial aos mais fracos na relação jurídica. Ambas revolucionaram conceitos quando de suas promulgações. Ambas são prevalentes em face de qualquer outra norma legal que com elas colida na matéria que regulam.*



Outros diplomas legais também incorporaram a desconsideração, como é o caso da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, dispondo, em seu artigo 18:

*a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.*

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que regula a responsabilidade por lesões ao meio ambiente, contempla o seguinte, em seu artigo 4º: “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

De comum em todas as previsões temos a busca pelo respeito às obrigações contraídas, com a edição de mecanismos tendentes à viabilização de sua satisfação.

## 10. Conclusão

Com a explanação feita a respeito da evolução da desconsideração da personalidade jurídica do devedor, evidencia-se a consolidação de prática que originariamente era fruto de aplicação jurisprudencial fundada em construção doutrinária, mas que veio a ser incorporada ao arcabouço legal vigente em nosso país.

Sua regulamentação reflete a contínua necessidade de se outorgar maior proteção aos credores e às obrigações contraídas, além de aumentar a responsabilidade dos contratantes, na medida em que a personalidade jurídica do devedor deixou de ser barreira intransponível quando se trata da cobrança de dívidas por quantia certa.

O preenchimento das lacunas e a interpretação dos textos legais relativos ao tema é trabalho que fica delegado aos aplicadores do direito, a quem incumbe estabelecer os corretos parâmetros desse instituto.





# A publicidade dirigida à criança

*Juliana Moraes Bicudo<sup>1</sup>*

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Apresentação de precedente relevante; 3. Publicidade em geral; 4. Publicidade dirigida à criança; 4.1. Desenvolvimento psíquico da criança; 4.1.1. Primeira infância; 4.1.2. Segunda infância; 4.2. Técnicas de persuasão da publicidade dirigida à criança; 4.3. Identificação da publicidade: *A criança é capaz de identificar a publicidade como tal?*; 4.4. Resistência ao apelo publicitário: *A criança é capaz de resistir, por meios próprios, ao apelo publicitário?*; 5. Autorregulamentação; 6. Controle estatal e interpretação do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

## 1. Introdução

Este estudo terá por objeto a elucidação da finalidade e das técnicas de persuasão adotadas pela publicidade dirigida à criança. A doutrina de Jean Piaget acerca das fases do desenvolvimento psíquico da criança orientará a explicitação da relação entre a publicidade e as estruturas afetiva e cognitiva da criança. Com base nessas noções, serão analisadas as capacidades de identificação da publicidade e de resistência ao apelo publicitário pela criança. O modelo privado de controle proposto pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) será submetido a exame crítico. Ao final, será formulada interpretação da regra do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

## 2. Apresentação de precedente relevante

O tema da publicidade dirigida à criança foi abordado pelo Superior Tribunal de Justiça, de forma paradigmática, no julgamento do REsp n. 1.558.086/SP (Segunda Turma, Min. Rel. Humberto Martins, j. 10.3.2016). A peça publicitária submetida a controle jurisdicional ofertava relógio do personagem licenciado Shrek, como brinde condicionado à aquisição de cinco produtos alimentícios da linha “Gulosos”, produzidos por Pandurata Alimentos Ltda. A turma julgadora considerou abusiva a publicidade, por infração aos artigos 37, § 2º, e 39, I, do Código de Defesa do Consumidor. Os fundamentos adotados no julgamento serão analisados no último tópico.

## 3. Publicidade em geral

Publicidade é atividade de comunicação destinada à persuasão para o consumo de bens e serviços; mensagem que objetiva produzir um ato de consumo; meio

---

<sup>1</sup> Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo.

à consecução de um fim econômico<sup>2</sup>. A função persuasória, incitativa ou apelativa constitui a essência da publicidade.

Persuadir é mover alguém para a ação. Na publicidade, a persuasão objetiva levar o público-alvo à compra do produto ou à utilização do serviço ofertado. A persuasão independe da exposição de argumentos racionais que convençam o receptor à prática do ato proposto; as estratégias de manipulação emocional e simbólica prevalecem sobre a articulação de razões acerca das vantagens do ato de consumo. As técnicas persuasórias que compõem a publicidade operam preponderantemente no plano da motivação inconsciente.

A comunicação publicitária se estrutura sob a forma de mensagens transmitidas por meio da linguagem, denotativa e conotativa<sup>3</sup>, e de imagens, reais e simbólicas<sup>4</sup>. As técnicas publicitárias manejam imagens e recursos de linguagem para realizar sua função persuasória<sup>5</sup>.

#### 4. Publicidade dirigida à criança

No estudo da publicidade dirigida à criança, será considerada criança “*a pessoa até doze anos de idade incompletos*”, conforme artigo 2º, *caput*, da Lei n. 8.069, de 13.7.1990. A criança é o público-alvo: (1) da publicidade de produto ou serviço destinado ao consumo pela criança (criança como consumidora); (2) da publicidade de produto ou serviço que serve ao adulto, mas cuja decisão de consumo possa ser influenciada pela criança (criança como influenciadora); (3) da publicidade que objetiva estabelecer, desde a infância, relação de fidelização entre a criança e determinado produto ou serviço próprio da fase adulta (criança como futura consumidora).

<sup>2</sup> Cf. SANTAELLA, Lucia; NÖTH, Winfried. *Estratégias semióticas da publicidade*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 51.

<sup>3</sup> No plano da linguagem denotativa, o produto ou serviço é representado por um signo que com ele estabelece relação de identidade direta; o signo, nesse plano, enuncia o objeto conforme sua interpretação habitual; por exemplo, a palavra “livro” representa, sob essa ótica, o objeto composto por folhas reunidas que servem como suporte físico ou eletrônico para a escrita. No plano da linguagem conotativa, a publicidade se serve de metáforas e outras figuras de linguagem. A metáfora estabelece relação comparativa entre objetos. Por meio da linguagem metafórica, o produto ou serviço é designado ou adjetivado por signos que denotativamente enunciam ou predicam outro objeto; por exemplo, na mensagem “*A cerveja que desce redondo*”, a palavra “redondo”, que qualifica uma figura geométrica, empresta ao produto uma conotação oposta àquilo que é “quadrado”, retrógrado, conservador; o termo “redondo” remete também ao movimento da roda, que, relacionado à cerveja, simboliza a facilidade de sua ingestão. A metáfora opera no campo da linguagem conotativa, não obedecendo às regras da lógica de argumentação. Porque se desvia da crítica racional, a sugestão de associação entre objetos dessemelhantes, subjacente à comparação metafórica, apresenta alto potencial persuasivo.

<sup>4</sup> A publicidade utiliza a imagem para (i) ilustrar o produto ou serviço, transmitindo mensagem direta de oferta ao mercado de consumo, ou (ii) associar o produto ou serviço a algo de natureza diversa, dando-lhe dimensão simbólica; ou seja, o produto ou serviço é associado a uma imagem que representa algo de natureza diversa, como uma situação de vida, papel ou posição social, relação afetiva, tipo de personalidade, padrão de comportamento. Por exemplo, a justaposição das imagens de uma garrafa de bebida alcoólica e de uma coroa real; as imagens, lado a lado, induzem à interpretação de que os objetos representados se assemelham; dessa forma, os valores simbólicos associados à coroa real (e.g., poder, hierarquia, sofisticação) são transferidos ao produto, criando a intenção de consumo, por meio da projeção no objeto do desejo inconsciente de apropriação desses valores. A imagem inserida na publicidade pode também representar simbolicamente um modelo ou uma imagem do inconsciente pessoal ou coletivo; ou seja, a imagem transmitida no anúncio publicitário (que pode ser estática ou dinâmica) simboliza um modelo típico que habita o inconsciente do receptor da mensagem; a projeção inconsciente estabelece um vínculo de identificação entre o modelo típico e a imagem publicitária. Por exemplo: determinada marca de desodorante masculino lançou peça publicitária com a seguinte mensagem verbal “*O desodorante do homem homem*”; na encenação, as ações do personagem masculino simbolizam força, vigor, virilidade, agressividade, características culturalmente atribuídas ao homem; as mensagens verbais e visuais contidas na peça publicitária estabelecem imediata relação de identificação com o modelo típico de “homem” presente no inconsciente coletivo, construído pela experiência cultural e histórica; a projeção desse modelo inconsciente pode despertar no homem o desejo de vivenciar esse lado típico, induzindo-o à compra do produto que o simboliza.

<sup>5</sup> Cf. ANDREWS, Marc; VAN LEEUWEN, Matthijs; VAN BAAREN, Rick. *Persuasão na publicidade: 33 técnicas psicológicas de convencer*. São Paulo: Gustavo Gili, 2016, p. 123.

Na publicidade dirigida à criança, a mensagem – verbal, visual e simbólica – é adaptada ao universo infantil para atingir o resultado persuasório buscado; essa adaptação pressupõe estudos específicos sobre a cognição e afetividade da criança. A psicologia infantil é objeto de área específica do marketing, que se dedica à construção de um sistema de técnicas de persuasão adequadas a cada fase do desenvolvimento da criança.

Para compreensão do modo de atuação dessas técnicas, abordaremos a seguir as fases do desenvolvimento psíquico da criança, entre os dois e os doze anos de idade, conforme a teoria de Jean Piaget<sup>6</sup>.

#### 4.1. Desenvolvimento psíquico da criança

Jean Piaget analisa o desenvolvimento psíquico da criança sob as perspectivas da cognição e da afetividade; parte da premissa de que toda ação é orientada por elementos cognitivos e afetivos. A motivação para a ação – i.e., o motor energético da conduta, o impulso para a ação – é determinada pela afetividade. O modo de agir pertence ao plano da cognição. “Em toda conduta, as motivações e o dinamismo energético provêm da afetividade, enquanto as técnicas e o ajustamento dos meios empregados constituem o aspecto cognitivo”<sup>7</sup>.

##### 4.1.1. Primeira infância

A fase de lactância, que compõe a primeira infância, não será explicitada neste estudo, porque a criança, até os dois anos de idade, não é público-alvo da publicidade.

A segunda parte da primeira infância (de dois a sete anos de idade) é caracterizada pela apreensão da linguagem. A linguagem altera a estrutura cognitiva da criança, na medida em que permite a comunicação, a narrativa de fatos passados e a formulação de ações futuras. A cognição é alterada pela introdução do pensamento baseado no sistema de signos próprio da linguagem; esse modo de pensar, contudo, prende-se à experiência concreta, não comportando elaborações abstratas; a criança não estabelece uma relação de objetivação (sujeito-objeto) com a coisa representada; o objeto externo é assimilado ao eu da criança; o pensamento é egocêntrico, isto é, consiste em “*uma incorporação laboriosa dos dados ao seu eu e à sua atividade*”<sup>8</sup>.

O jogo simbólico, jogo de imaginação ou de imitação é uma forma de manifestação do pensamento egocêntrico<sup>9</sup>. São exemplos as brincadeiras de bonecas, de escolinha e de comidinha. Nesses jogos, a criança reconstrói, deformando, a realidade para atender a seus desejos; no jogo de bonecas, a criança transforma a relação entre mãe ou pai e filho; no jogo de escolinha, a criança refaz a relação entre professor e aluno. A imitação permite à criança assimilar o mundo exterior, adaptando-o ao seu eu. “Em suma: o jogo simbólico não é um esforço de submissão do sujeito ao real, mas, ao contrário, uma assimilação deformada da realidade ao eu”<sup>10</sup>.

O pensamento egocêntrico se manifesta no finalismo, animismo e artificialismo infantis.

<sup>6</sup> Cf. PIAGET, Jean. *Seis estudos de psicologia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>9</sup> Cf. *Ibid.*, p. 20-21.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 21.

A criança percebe o movimento de um objeto e pergunta “*Por que isso acontece?*”; uma resposta que revele a causa eficiente do movimento não satisfaz a criança, porque ela não a compreende. A percepção do mundo é orientada pelas referências da própria atividade. A criança, orientada pela percepção de que suas ações são direcionadas a um fim, projeta esse finalismo ao movimento dos objetos externos. Ao perguntar “*Por que isso acontece?*”, a criança quer saber a finalidade daquele movimento. A criança “entende um movimento como necessariamente orientado para um fim, e, em consequência, como intencional e dirigido”<sup>11</sup>.

A criança, na medida em que compreende a si mesma como um ser animado, projeta esse animismo aos objetos externos, conferindo-lhes vida e intencionalidade. “O animismo infantil é a tendência a conceber as coisas como vivas e dotadas de intenção”<sup>12</sup>. Como exemplo do animismo infantil, Jean Piaget cita: “Assim é que as nuvens sabem que se deslocam, pois levam a chuva e, sobretudo, a noite (a noite é uma grande nuvem negra que cobre o céu na hora de dormir)”<sup>13</sup>.

A manipulação dos objetos externos pela criança induz à percepção de que o mundo foi construído pela mão do homem ou de um ente superior. O artificialismo infantil consiste na crença de que o universo se formou pelo mesmo processo de fabricação oriundo da atividade humana. “Todo o universo é feito assim: as montanhas ‘crescem’ porque se plantaram pedrinhas depois de tê-las fabricado, os lagos foram escavados [...]”<sup>14</sup>.

O finalismo, animismo e artificialismo infantis, representativos do pensamento concreto egocêntrico, marcam a fase pré-lógica da estrutura cognitiva da criança, em que a realidade é assimilada à própria atividade. Nas palavras de Jean Piaget:

*No conjunto, vê-se o quanto as diversas manifestações deste pensamento em formação são coerentes entre si, no seu pré-logismo. Consistem todas em uma assimilação deformada da realidade à própria atividade. Os movimentos são dirigidos para um fim, porque os próprios movimentos são orientados assim; a força é ativa e substancial, porque tal é a força muscular; a realidade é animada e viva; as leis naturais têm obediência, em suma, tudo é modelado sobre o esquema do próprio eu*<sup>15</sup>.

Nessa fase pré-lógica, o pensamento é intuitivo, associado à experiência concreta, fundado na percepção sensorial; a representação conceitual abstrata não é acessível à criança; as coisas são definidas a partir de seu uso. À pergunta “*O que é isto?*”, a criança responde “*É para...*”. Os objetos e movimentos do mundo exterior são representados por imagens ou esquemas mentais que refletem a percepção sensorial da realidade concreta<sup>16</sup>.

Sob a ótica da afetividade, a apreensão da linguagem promove a socialização da ação da criança, por meio da interação com o outro; conseqüentemente, a criança passa a desenvolver sentimentos interindividuais, como simpatias e antipatias.

<sup>11</sup> Ibid., p. 22.

<sup>12</sup> Ibid., p. 24.

<sup>13</sup> Ibid., p. 23.

<sup>14</sup> Ibid., p. 25.

<sup>15</sup> Ibid., p. 25-26.

<sup>16</sup> Cf. Ibid., p. 27.

Da socialização emergem também os sentimentos morais intuitivos. O primeiro sentimento moral da criança é a obediência, que se funda no respeito unilateral em relação às pessoas consideradas superiores, como os pais e demais adultos. A regulação moral da criança é, pois, heterônoma, i.e., “dependente de uma vontade exterior, que é a dos seres respeitados ou dos pais”<sup>17</sup>; o bem coincide com a vontade externada pela figura respeitada<sup>18</sup>; a verdade é aquela anunciada pela figura superior. Nessa fase, a criança está em posição de subordinação em relação ao adulto, submetendo-se a uma espécie de “*coaçoão espiritual*” por ele exercida; os adultos, sobretudo os pais, são idealizados como modelos a serem imitados, cujas ordens se revestem de obrigatoriedade inerente. Jean Piaget explica:

*Um “eu ideal”, como disse Baldwin, se propõe ao eu da criança, e os exemplos vindos do alto serão modelos que a criança deve procurar copiar ou igualar. São dados ordens e avisos, sendo, como mostrou Bovet, o respeito do pequeno pelo grande que os torna aceitáveis e obrigatórios para as crianças. Mas, mesmo fora destes núcleos de obediência, desenvolve-se toda uma submissão inconsciente, intelectual e afetiva, devido à coaçoão espiritual exercida pelo adulto*<sup>19</sup>.

A regulação dos interesses da criança se opera no plano da afetividade. O interesse mobiliza a energia para a ação em direção ao objeto; é elemento motivador da conduta. O interesse, por sua vez, é orientado por um sistema de valores em formação; na primeira infância, esse sistema de valores é desenhado pela relação afetiva da criança com seu meio, sobretudo pela obediência aos pais e a figuras de respeito, bem como por sentimentos de simpatia, antipatia, respeito e autovalorização (sentimentos de superioridade e inferioridade).

#### 4.1.2. Segunda infância

Na segunda infância (de sete a doze anos), sob o aspecto cognitivo, as seguintes alterações são observadas: (1) a criança passa a atribuir a causa dos movimentos do mundo exterior a relações de transmutação (i.e., uma coisa se forma a partir de outra coisa), superando gradualmente o pensamento egocêntrico; (2) a criança desenvolve o pensamento atomista, tornando-se capaz de explicar o todo como uma composição de partes; (3) a intuição – restrita à percepção sensorial – se converte em operação racional, na medida em que a criança compreende a reversibilidade dos movimentos das coisas (e.g., a adição pode ser revertida em subtração; uma massa em formato de torta conserva a mesma substância que uma massa em formato de bola, porque a bola pode ser transformada em torta e vice-versa); a articulação de operações racionais permite a elaboração de noções de permanência ou substância (i.e., aquilo que se mostra de forma constante); (4) a criança adquire a capacidade de organizar as coisas em classes, encaixando as partes no todo.

O pensamento operatório na segunda infância, contudo, não ultrapassa o plano da experiência concreta; os elementos das operações pertencem à realidade perceptiva; a formulação de conceitos abstratos não é acessível à criança.

<sup>17</sup> Ibid., p. 33.

<sup>18</sup> Cf. Ibid., p. 32.

<sup>19</sup> Ibid., p. 18.

Sob a perspectiva da afetividade, a criança desenvolve a capacidade de cooperação e incorpora o sentimento moral de mútuo respeito, que “[...] existe quando os indivíduos se atribuem, reciprocamente, um valor pessoal equivalente, não se limitando a valorizar uma ou outra ação específica”<sup>20</sup>. O respeito unilateral da criança em relação ao adulto é substituído pelo respeito mútuo, que pressupõe posição de igualdade entre os entes relacionais; o respeito mútuo altera a base normativa da criança, de impositiva a consensual<sup>21</sup>.

A obediência cede espaço ao sentimento de justiça, que se forma a partir da exposição da criança a uma situação por ela concebida como injusta; colocando-se em posição de igualdade em relação aos pais e demais adultos, a criança não mais se curva à ordem superior, dissociando as noções de justiça e submissão.

Por meio do desenvolvimento da vontade, a regulação dos interesses da criança se desapega gradualmente da obediência ao padrão exterior. Vontade não se confunde com desejo ou intenção; a vontade é um fator de regulação da energia para ação. “É uma regulação da energia [...] e uma regulação que favorece certas tendências à custa de outras”<sup>22</sup>. A vontade se traduz na capacidade de fazer prevalecer uma tendência de valor superior (e.g., um projeto escolar, uma realização no esporte) em detrimento de uma tendência de valor inferior (e.g., um impulso ou desejo de prazer imediato)<sup>23</sup>. A autonomia moral e intelectual da criança se constrói no desenrolar da segunda infância; contudo, a estrutura se torna completa por volta dos doze anos de idade.

Desenhado o quadro do desenvolvimento psíquico infantil, analisaremos a seguir as técnicas de persuasão da publicidade dirigida à criança.

## 4.2. Técnicas de persuasão da publicidade dirigida à criança

A publicidade atua no plano da afetividade da criança<sup>24</sup>, em que se forma o impulso para a ação, objetivando influir na regulação de seus interesses e despertar o desejo pelo produto ou serviço anunciado. Para realizar sua função persuasória, a publicidade infantil emprega técnicas que estabelecem conexão direta com os elementos do inconsciente da criança, próprios de cada fase de seu desenvolvimento psíquico. Segue abaixo exposição acerca das principais técnicas adotadas.

### (a) figuras de autoridade

Na primeira infância, a regulação de interesses da criança é orientada por um sistema de valores determinado pela relação de submissão aos pais e adultos e por sentimentos de simpatia, antipatia, respeito e autovalorização (sentimentos de superioridade e inferioridade).

A publicidade explora a moral heterônoma da criança – que a induz a obedecer à vontade de figuras respeitadas e a acreditar na veracidade de suas proposições –, por meio da inserção de celebridades (e.g., atores e apresentadores de programa televisivo) e personagens infantis como emissores da mensagem publicitária. A criança sente respeito por essas figuras, que representam modelos ideais a serem imitados, e tende a seguir padrões

<sup>20</sup> Ibid., p. 49.

<sup>21</sup> Cf. Ibid., p. 52.

<sup>22</sup> Ibid., p. 53.

<sup>23</sup> Cf. Ibid., p. 53.

<sup>24</sup> “Grande parte dessas mensagens coloca em primeiro lugar a afetividade a via da influência é mais emocional que cognitiva, contendo mais sedução que persuasão” (KAPFERER, Jean-Noël. *A criança e a publicidade*. Porto: RÉ-S-Editora, 1985, p. 66).



de conduta por elas propostos; a mensagem veiculada pela figura respeitada se incorpora, assim, a seu sistema de valores, sendo, pois, capaz de despertar o interesse para a ação.

### **(b) personagens licenciados**

A emissão da mensagem publicitária pela atuação de personagens licenciados (e.g., Turma da Mônica, Barbie, Bob Esponja, Meninas Superpoderosas, Polly, Minions) tem forte influência na regulação de interesses da criança, porque esta projeta no produto ou serviço o vínculo emocional criado com seu personagem favorito e a satisfação experimentada ao assistir ao programa ou filme por ele protagonizado.

A oferta de produto que reproduza a imagem de um personagem licenciado (e.g., boneca da Barbie, creme dental dos Minions) induz ao desejo pelo consumo, como forma de apropriação, pela criança, da figura admirada; esse desejo de apropriação física é potencializado pelo estágio de seu desenvolvimento psíquico, na medida em que a criança forma sua percepção com base na experiência concreta, procurando o manuseio das coisas.

### **(c) crianças intérpretes**

A inserção de crianças como intérpretes na peça publicitária tem como finalidades: (i) atrair a atenção da criança; (ii) demonstrar que o produto ou serviço é destinado a ela; (iii) criar uma relação de identificação pessoal entre a criança espectadora e a intérprete, a fim de induzi-la ao consumo.

A utilização de crianças intérpretes explora a tendência da criança à imitação, presente na primeira infância; ela busca modelos a serem imitados.. “A criança não gosta de ser diferente, mostrando pelo contrário o máximo desejo em se fundir nas outras”<sup>25</sup>. Na medida em que a criança intérprete encena, com entusiasmo e prazer, a experiência de consumo (e.g., narra a brincadeira, diverte-se com o brinquedo), a criança espectadora, identificada com aquela, projeta-se na situação de consumo; essa projeção gera o interesse pelo produto ou serviço ofertado.

Ademais, a encenação, por crianças intérpretes, de jogos simbólicos (e.g., brincadeira de bonecas, de comidinha, escolinha, hospital) que utilizem o produto ou serviço como instrumento estabelece uma conexão direta com o pensamento egocêntrico da criança espectadora na primeira infância; a criança se identifica no jogo simbólico encenado, desejando reproduzi-lo.

Na publicidade dirigida à criança de sete a doze anos de idade, a técnica adotada consiste na inserção de grupos de crianças, em atividade coletiva. Porque a criança, na segunda infância, regula seus interesses com base em um sistema de valores orientado pelos princípios do respeito mútuo e da cooperação, a encenação, na peça publicitária, de jogos e brincadeiras em grupo, em atitude relacional, produz na criança espectadora um sentimento de identificação. A publicidade transfere ao produto ou serviço o significado de algo que simboliza o sistema de valores próprio da segunda infância, criando o desejo inconsciente de consumo.

### **(d) objetos animados**

A ilustração do produto como um objeto animado (e.g., brinquedo em formato de avião que voa autonomamente) explora o animismo infantil, isto é, a tendência à atribuição de vida própria aos objetos externos, como expressão do pensamento egocêntrico; a criança se

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 148.

enxerga como um ser animado e projeta essa concepção a todas as coisas. Ao exibir o produto animado, a publicidade se aproveita dessa inclinação inconsciente para induzir a criança a pensar que se apropriará de uma coisa viva; a animação confere ao produto uma qualidade irreal, com forte potencial persuasório. A estrutura cognitiva da criança, presa à experiência concreta, não lhe fornece meios para diferenciar o real do irreal, o possível do impossível.

*Ora, para avaliar a distância que não deixará de haver entre as imagens mostradas na televisão e a realidade são necessárias as ferramentas intelectuais de que falamos, é preciso avaliar a relação entre o “real” (no caso, o que se está vendo na tela) e o possível (o que será, quando manipulado com as próprias mãos). Isso nem sempre é fácil para os adultos, e menos ainda o será para crianças de até 12 anos, sobretudo para as de até sete anos<sup>26</sup>.*

### **(e) animais personalizados**

O emprego de animais personalizados potencializa a atratividade da peça publicitária, porque explora (i) o sentimento de simpatia da criança em relação aos animais e (ii) a inclinação da criança à projeção de sua intencionalidade aos entes da realidade exterior (animismo).

### **(f) repetição**

A criança gosta de repetir movimentos, músicas, danças, histórias, brincadeiras. A criança repete como forma de dominar a realidade; o impulso à repetição é uma manifestação do pensamento egocêntrico da criança, sobretudo na primeira infância. “A repetição traz igualmente consigo um domínio da realidade”<sup>27</sup>.

A criança sente prazer em memorizar e repetir as falas dos personagens e *slogans*; porque veiculada reiteradamente, a publicidade gera na criança um sentimento de satisfação que a atrai para a mensagem transmitida. “A criança repete por gosto, sem a preocupação de se dirigir a alguém em particular. Esta repetição, a que se dá o nome de ecolalia, é uma das manifestações da linguagem da criança durante sua fase egocêntrica”<sup>28</sup>.

A técnica da exposição repetida tem eficácia persuasória, porque: (i) promove a memorização do conteúdo da peça publicitária; (ii) desperta na criança sentimentos positivos em relação ao produto ou serviço, em função do prazer vivenciado na repetição; e (iii) estabelece uma relação de familiaridade da criança com o produto ou serviço anunciado.

A fixação na memória da marca anunciada e a satisfação associada à publicidade direcionam a criança para a ação de consumo (criança como consumidora) ou de influência do adulto para o consumo (criança como influenciadora). O estabelecimento de uma relação de familiaridade com determinada marca de produto ou serviço a ser consumido na fase adulta contribui para a fidelização da criança à marca anunciada (criança como futura consumidora). “Gera-se mentalmente uma espécie de proximidade, uma familiaridade geradora de atitudes favoráveis. O facto de uma criança repetir um slogan faz renascer esse efeito afectivo: tal facto confere à marca, inicialmente neutra, um traço emocional de diferenciação”<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Contribuição da psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança*. Brasília, DF: Conselho Federal de Psicologia, 2008, p. 19.

<sup>27</sup> KAPFERER, op. cit., p. 70.

<sup>28</sup> Ibid., p. 115.

<sup>29</sup> Ibid., p. 120.

### **(g) brindes colecionáveis e concursos**

A oferta de brindes colecionáveis atrelados ao produto ou serviço tem forte apelo persuasório, porque explora a tendência da criança – própria do pensamento egocêntrico da primeira infância – à apropriação da realidade exterior; esse impulso de dominação induz a criança a desejar, por exemplo, o boneco que reproduz o personagem de seu filme favorito. “A pequena reprodução do herói permite que a criança reveja os seus favoritos: verifica-se uma apropriação individual. Com a posse dessas personagens, a criança passa a ser activa relativamente aos mesmos”<sup>30</sup>.

Na segunda infância, o apelo reside na oferta de brindes colecionáveis a serem utilizados em atividades interativas, como, por exemplo, objetos que se convertem em jogos coletivos, figurinhas trocáveis, objetos destinados a brincadeiras em grupos. A oferta dessa espécie de brindes reflete o sistema de valores próprio da segunda infância, fundado no respeito mútuo e na cooperação, aproveitando-se da fase de socialização da criança para mobilizá-la à ação de consumo. Ademais, a formação do pensamento operatório (a partir dos sete anos de idade) desperta o interesse pelo conhecimento objetivo e classificação da realidade exterior. A oferta de objetos colecionáveis que contribuam para a construção do conhecimento e sistematização do mundo (e.g., peças colecionáveis destinadas à construção de uma réplica do globo ou que contenham informações sobre as espécies de animais) mobiliza a criança de segunda infância para a solicitação de compra do produto que carrega o brinde.

A promoção de concursos vinculados à marca anunciada coloca a criança em situação de atividade; a criança gosta de se movimentar, de participar, de se sentir integrada ao mundo. Na promoção de concursos, o apelo ativo da publicidade fortalece o laço emocional da criança com o produto ou serviço<sup>31</sup>.

### **(h) outras técnicas**

Para atrair e reter a atenção da criança, a publicidade emprega recursos visuais e sonoros adaptados ao universo infantil. A peça publicitária se apresenta em cores vivas e fortes e por meio de quadros ilustrativos com poucos detalhes; por vezes, são utilizados efeitos especiais e cenas espetaculares, que agradam a criança. O filme publicitário é, em regra, musical; as músicas são curtas e fáceis de memorizar. A linguagem é simples, para viabilizar a compreensão imediata da mensagem. O humor é ajustado à capacidade de compreensão da criança e, quando eficaz, induz à associação da peça publicitária a uma experiência de divertimento.

Explicitadas, assim, as fases do desenvolvimento psíquico infantil e as principais técnicas da publicidade dirigida à criança, duas questões se colocam: (1) a criança é capaz de identificar a publicidade como tal? e (2) a criança é capaz de resistir, por meios próprios, ao apelo publicitário?

### **4.3. Identificação da publicidade: A criança é capaz de identificar a publicidade como tal?**

A publicidade dirigida à criança não veicula, em regra, uma mensagem aberta e direta de venda. O propósito econômico não é explicitado. Por meio de técnicas adaptadas ao universo

<sup>30</sup> Ibid., p. 152.

<sup>31</sup> Cf. Ibid., p. 152.

infantil, a peça publicitária apresenta à criança a imagem e a experiência de consumo do produto ou serviço, sem alusão à operação econômica subjacente. A ocultação da figura do fornecedor – por meio do emprego de celebridades infantis, crianças intérpretes e personagens animados como emissores da mensagem – contribui para o encobrimento do fim econômico.

A criança não é apta a deduzir a finalidade econômica e a função persuasória da publicidade; não tem consciência de que é destinatária de uma mensagem que visa à persuasão para o consumo de um produto ou serviço. A estrutura cognitiva da criança não comporta a apreensão de conceitos abstratos; o pensamento se constrói a partir da experiência concreta. A criança não é capaz de conceituar abstratamente a publicidade como um conjunto de técnicas destinadas à mobilização para o consumo; a criança não compreende o sistema em que se insere a atividade publicitária; não tem uma visão teórica do todo, que lhe permita elaborar um juízo crítico acerca da mensagem publicitária.

Na primeira infância, a assimilação da linguagem implica a acessibilidade ao sistema de signos; a palavra “publicidade” é inserida no vocabulário da criança, contudo, o conceito abstrato nela contido não é apreendido. No campo da mídia televisiva, a criança estabelece a significação do termo “publicidade” a partir de seus caracteres de forma; ou seja, a criança associa a publicidade a filmes bem-humorados e curtos, que se repetem ao longo da programação e que apresentam cores fortes e músicas. Embora não compreenda a mensagem publicitária, a “[...] presença do brinquedo basta para suscitar o desejo e a emoção”<sup>32</sup>.

Na segunda infância, a elaboração racional – embora restrita à experiência concreta – viabiliza a apreensão do elemento informativo da publicidade; a criança percebe que a publicidade veicula informações sobre o produto ou serviço<sup>33</sup>; a criança pode, ainda, estabelecer uma relação entre publicidade e ato de compra, ou seja, ela sabe que pode comprar o produto anunciado.

A percepção dos caracteres formais e do elemento informativo da publicidade não significa a compreensão de seu conceito, determinado essencialmente pela função persuasória. O estágio de desenvolvimento cognitivo da criança não é compatível com a capacidade de identificar a publicidade como tal, i.e., como técnica articulada com a finalidade de persuadir o destinatário ao ato de consumo. A publicidade dirigida à criança não atende, portanto, ao princípio da identificação publicitária expresso no artigo 36 da Lei n. 8.078/1990 (“A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”).

#### **4.4. Resistência ao apelo publicitário: A criança é capaz de resistir, por meios próprios, ao apelo publicitário?**

As técnicas persuasórias acima explicitadas revelam o modo como a publicidade se articula para mobilizar a criança para a ação de consumo. A atividade publicitária se serviu da difusão do conhecimento de psicologia infantil para ajustar seu sistema de técnicas às peculiaridades de cada fase do desenvolvimento psíquico da criança; esse ajuste não objetivou a proteção da criança contra o apelo de consumo; pelo contrário, as técnicas existentes foram adaptadas e outras foram criadas com a finalidade de atingir o resultado econômico que constitui a razão de ser da publicidade.

<sup>32</sup> Ibid., p. 109.

<sup>33</sup> Cf. Ibid., p. 55.

Da comparação entre as técnicas da publicidade em geral e as técnicas da publicidade dirigida à criança se conclui que ambas operam no plano do inconsciente e objetivam a motivação para a ação por meio da influência emocional.

A fase adulta não significa a supressão ou superação da atividade inconsciente; o adulto é, como a criança, influenciável por figuras de autoridade, pela identificação simbólica, pela repetição. A diferença reside na capacidade do adulto de: (a) submeter a publicidade ao juízo crítico, por força de seu desenvolvimento cognitivo completo; (b) com base em sua estrutura afetiva, fazer prevalecer sua vontade sobre o desejo criado pela sedução publicitária. Em suma, o adulto tem as capacidades cognitiva e afetiva para resistir ao apelo da publicidade.

Contrariamente, a criança, sob o aspecto cognitivo, não é capaz de formulações abstratas que lhe permitam estabelecer um juízo crítico acerca do discurso publicitário. A reflexão e a crítica se desenrolam no plano do pensamento teórico, que pressupõe capacidades intelectivas ainda não adquiridas pela criança, como o confronto entre o real e o possível, o estabelecimento de associações e dissociações entre conceitos e hipóteses, a apreensão de contradições e falhas discursivas. “[...] se interpretarmos ‘resistência mental’ como a capacidade de passar as mensagens alheias pelo crivo da crítica, temos de fato que tal resistência, na criança, é inferior à do adulto”<sup>34</sup>.

Sob a perspectiva afetiva, a criança não desenvolveu a autonomia, i.e., a “[...] capacidade de discernimento e de juízo sem referência a alguma fonte exterior de prestígio e/ou autoridade”<sup>35</sup>; ou seja, a motivação para a ação se sujeita a fatores externos de influência; a criança é mais suscetível ao desejo despertado por um estímulo externo, porque não definiu suas vontades com base em um sistema de valores construído autonomamente.

*Com efeito, para resistir a propostas que procuram nos fazer sonhar com momentos de prazer e alegria, precisamos ter, nós mesmos, outros desejos de prazer e alegria. Dito de outra maneira, é mais fácil induzir alguém, que não sabe bem o que quer, a desejar algo que lhe propomos do que ter o mesmo êxito com alguém que já tem um projeto definido*<sup>36</sup>.

A publicidade se posiciona como um fator de influência na regulação de interesses da criança, por meio (i) da difusão de valores e modelos ideais de comportamento, que, absorvidos pela criança, passam a integrar sua estrutura afetiva que a mobiliza para a ação e (ii) da promessa implícita de prazer ligado ao produto ou serviço, que produz na criança o desejo imediato de consumo, contra o qual não se opõe uma vontade completamente estruturada.

A publicidade não se limita a anunciar produtos e serviços. A publicidade transforma o produto ou serviço em um símbolo com apelo afetivo; ela cria, repercute, reforça, minimiza, neutraliza valores sociais e culturais. A produção publicitária está presente no ambiente de desenvolvimento da criança, exercendo papel ativo na definição de seu sistema de valores pessoais, que orienta o caminho da ação. As técnicas publicitárias são forjadas para manipular os caracteres afetivos da criança, completamente imersos no inconsciente. A heteronomia afetiva e a falta de uma vontade estruturada como fator de resistência a impulsos fundados no desejo sujeitam a criança à influência da mensagem publicitária.

<sup>34</sup> CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, op. cit. 14.

<sup>35</sup> Ibid., p. 13.

<sup>36</sup> Ibid., p. 14.

Comparativamente à publicidade em geral, a publicidade dirigida à criança não enfrenta a mesma resistência nos planos cognitivo e afetivo, revestindo-se de maior eficácia persuasória, na medida em que penetra, com maior facilidade, na esfera de regulação de interesses de seu público-alvo. A criança, portanto, não é capaz de resistir, por meios próprios, às técnicas publicitárias destinadas à sua persuasão para o consumo.

Estabelecida essa premissa, passo ao exame das formas propostas de controle da publicidade infantil: (1) autorregulamentação e (2) controle estatal.

## 5. Autorregulamentação

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) é uma associação formada preponderantemente por agentes econômicos ligados ao mercado publicitário (agências de publicidade, veículos de comunicação, anunciantes e respectivas associações) (cf. artigo 8º do Estatuto Social).

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária<sup>37</sup>, elaborado pelos associados do CONAR, estabelece, em seu artigo 37, prescrições e vedações aplicáveis à publicidade dirigida à criança. O CONAR defende, assim, a permissão estatal de veiculação da publicidade dirigida à criança, submetida a restrições de forma e conteúdo definidas pela autorregulamentação.

O artigo 37, inciso II, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária propõe diretrizes de conteúdo genérico, que comportam amplo espectro de interpretações possíveis, como, por exemplo, “respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo” (alínea “b”) e “dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento” (alínea “c”). Os termos “respeitar” e “dar atenção especial” não representam ações concretamente definidas; a indeterminação dos sentidos dessas expressões esvazia o poder prescritivo da regulamentação.

A parte final do *caput* e o inciso I do artigo 37 estabelecem vedações que, ainda que formalmente observadas, não são aptas a impedir os efeitos que aparentemente pretendem evitar. Por exemplo, o *caput* do artigo 37 dispõe que “nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança”; a proibição de uso de termos imperativos (“*Leve o seu*” ou “*Peça para sua mãe comprar*”) não protege a criança do apelo de consumo, porque o endereçamento da mensagem publicitária é velado, operando no plano do inconsciente, mediante emprego das técnicas acima explicitadas.

A alínea “d” determina que os anúncios se abstenham de “impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade”; a disposição proíbe a imposição explícita da noção de superioridade vinculada ao consumo do produto ou serviço. Contudo, a publicidade, ao apresentar a encenação da experiência de consumo por crianças intérpretes felizes e satisfeitas ou em integração coletiva harmônica, induz a criança espectadora a associar inconscientemente o consumo do produto ou serviço a um estado psíquico e social superior; ou seja, ainda que a mensagem de superioridade não seja difundida de forma direta, as técnicas adotadas pela publicidade são capazes de afetar o sentimento de autovalorização da criança, influenciando, assim, em seu sistema de regulação de interesses.

---

<sup>37</sup> Disponível em: <http://bit.ly/2wttlnM>. Acesso em: 29 maio 2019.



A alínea “g” veda o emprego de “crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto”. A presença de crianças na peça publicitária, por si só, tem eficácia atrativa e persuasória, conforme exposto no tópico precedente. Porque a criança espectadora estabelece uma relação de identificação com a criança intérprete, a demonstração do uso do produto ou serviço por esta última encerra necessariamente uma recomendação ou sugestão de consumo, sobretudo porque a encenação da experiência de consumo, em regra, é produzida com recursos de forte apelo infantil (e.g., cores fortes, música agradável, animações, reprodução de um momento de prazer). Ademais, a estrutura cognitiva da criança não a capacita para diferenciar “demonstração” de “sugestão”. A ressalva contida na parte final da norma esvazia completamente sua função proibitiva.

Em suma, as disposições do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária revelam (i) indeterminação de sentido e (ii) inaptidão para anular os efeitos das mensagens publicitárias endereçadas de forma indireta, por meio de técnicas persuasórias que operam no plano do inconsciente.

Ademais, o julgamento das representações por infrações às disposições do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária compete ao Conselho de Ética do CONAR. O Conselho de Ética do CONAR é composto majoritariamente por profissionais integrantes dos quadros de agências de publicidade, empresas anunciantes, veículos de comunicação e respectivas associações. A aplicação concreta do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária é definida por representantes dos agentes econômicos interessados na difusão da publicidade infantil, cuja formação profissional não abrange conhecimentos jurídicos ou de psicologia. As decisões proferidas pelo CONAR não se revestem de elementos de cientificidade, refletindo concepções subjetivas e interesses pessoais de seus conselheiros e representados.

Do exame de decisões proferidas pelo CONAR com base no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária se depreende um padrão discursivo que reflete as seguintes concepções: (1) a publicidade, por si só, não é capaz de determinar o comportamento da criança; (2) incumbe aos pais e responsáveis o dever de controlar a exposição da criança à publicidade e educá-la para o consumo consciente. Essas teses são inferidas exemplificativamente dos seguintes trechos extraídos de decisões proferidas pelo Conselho de Ética do CONAR:

*[...] importante termos em mente que os responsáveis pela educação das crianças são seus pais e responsáveis, não sendo crível que os menores adotarão condutas inadequadas pelo simples fato de estarem expostos a anúncios publicitários, uma vez que a formação do caráter é muito mais complexa e, no mais das vezes, baseado no exemplo daqueles que compartilham o convívio próximo<sup>38</sup>.*

*No centro dessa discussão devem estar os limites e a qualidade da educação que oferecemos às nossas crianças que, em pleno Século XXI, têm acesso cada vez mais cedo a todo tipo de informação nas mais diversas plataformas e ambientes. [...] Culpar a propaganda pela má influência é mais ou menos como culpar o carteiro pela má notícia<sup>39</sup>.*

<sup>38</sup> Trecho da fundamentação do voto do conselheiro relator Márcio Quartaroli, nos autos da representação n. 024/2016, julgada em maio de 2016, referente à peça “Net Tablet”, disponível no endereço eletrônico <http://www.conar.org.br>.

<sup>39</sup> Trecho da fundamentação do voto da conselheira relatora Leticia Lindenbergh, nos autos da representação n. 134/2015, julgada em setembro de 2015, referente à peça “Novo Chicken Perdigão Disney – Diversão que Alimenta”, disponível no endereço eletrônico <http://www.conar.org.br>.



*[...] vivemos tempos em que são precisos cuidados redobrados com as crianças. No entanto [...] os exageros nesses cuidados devem ser evitados. [...] Estamos tomando um rumo em que tudo deve ser coibido, inclusive a criatividade do publicitário. [...] Nessa ânsia de coibir ou regular toda e qualquer comunicação voltada para o público infantil, estamos suprimindo o papel dos pais na educação de seus filhos. Ora, é dever dos pais educar seus filhos, transmitindo valores que irão moldar o caráter dos pequenos cidadãos<sup>40</sup>.*

As concepções acima expostas não têm respaldo nos estudos de psicologia infantil. Conforme exposição dos itens precedentes, a publicidade dirigida à criança tem por finalidade a motivação de seu público-alvo para a ação de consumo; para atingir esse resultado, a publicidade articula técnicas persuasórias que operam no plano da afetividade inconsciente e que não se submetem à crítica racional em função da estrutura cognitiva incompleta da criança. A publicidade, portanto, tem a intenção e a aptidão para influenciar e determinar o comportamento da criança. A tese da ineficácia persuasória da publicidade dirigida à criança é, ademais, contraditória em relação aos altos valores investidos na produção publicitária infantil.

O poder persuasório da publicidade não é afastado pela educação. As técnicas publicitárias atuam na dimensão da afetividade inconsciente; contrariamente, a educação se constrói sobre bases argumentativas, situadas no plano da consciência; a motivação inconsciente se reveste de maior energia psíquica que as ponderações racionais providas da consciência. Ademais, a exposição de um argumento contrário ao ato de consumo pode não ser compreendida pela criança em função de seu desenvolvimento cognitivo incompleto, restando ao adulto, nesse caso, a recusa à compra pela via da ordem de autoridade. Ainda que a criança seja capaz de compreender o motivo da recusa, essa compreensão não eliminará o desejo inconsciente despertado pela publicidade. A educação, portanto, não é apta a neutralizar os efeitos das técnicas persuasórias dirigidas à criança. O dever de educação imposto aos pais e responsáveis não infirma, assim, a pertinência do controle estatal sobre a publicidade dirigida à criança.

## **6. Controle estatal e interpretação do artigo 37, § 2o, do Código de Defesa do Consumidor**

A publicidade serve a um propósito econômico específico; é uma ferramenta comercial; logo, o fundamento constitucional do direito à publicidade reside no princípio da livre iniciativa, informativo da ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal).

O artigo 5º, IX, da Constituição Federal (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”) declara o direito fundamental à liberdade de expressão, i.e., à liberdade de exteriorizar o próprio ser, por meio da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. O ser humano é livre, por sua constituição existencial; a norma constitucional apenas declara essa condição, conferindo-lhe proteção como direito fundamental.

<sup>40</sup> Trecho da fundamentação do voto da conselheira autora do voto vencedor em segunda instância, nos autos da representação n. 262/2013, julgada em maio de 2014, referente à peça “Cheetos – Agora é com Você?”, disponível no endereço eletrônico <http://www.conar.org.br>.

A invocação do artigo 5º, IX, da Constituição Federal como fundamento do direito à publicidade não é consistente com a razão de ser da norma constitucional. A publicidade não é espaço destinado à livre expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação; a expressão publicitária se prende essencialmente a um propósito que lhe é extrínseco; a mensagem externada na peça publicitária é determinada, em seu conteúdo e formato, pela função persuasória que objetiva atender a um fim econômico. Como instrumento da atividade econômica, a publicidade não se insere no espectro de proteção do artigo 5º, IX, da Constituição Federal. Sob essa premissa, a publicidade se submete às limitações impostas à livre iniciativa, sobretudo ao princípio da defesa do consumidor (artigo 170, V, da Constituição Federal).

O artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que é abusiva a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.

A expressão “deficiência de julgamento e experiência da criança”, em que pese a imprecisão técnica, remete à incompletude do desenvolvimento psíquico da criança, sob os aspectos cognitivo e afetivo, conforme exposição acima. A norma parte da premissa de que a “deficiência de julgamento e experiência” é característica inerente a toda criança, como ser humano em formação.

Aproveitar-se significa extrair proveito ou vantagem de algo; utilizar algo como meio ou instrumento para a obtenção de vantagem. A publicidade tem por finalidade persuadir para a efetivação do ato de consumo; busca, assim, um proveito econômico; esse propósito é alcançado por meio de técnicas persuasórias que operam no plano do inconsciente e induzem à mobilização para a ação por meio do apelo afetivo. Na publicidade infantil, as técnicas foram ajustadas para influir na regulação afetiva de interesses da criança, conforme cada etapa de formação psíquica, e atingir o resultado persuasório buscado. A heteronomia e a falta de vontade estruturada (plano afetivo) e a incapacidade de juízo crítico (plano cognitivo) funcionam como elementos facilitadores da influência da comunicação publicitária, potencializando sua eficácia persuasória.

Do exposto se conclui que a publicidade dirigida à criança necessariamente extrai proveito da “deficiência de julgamento e experiência da criança”, revestindo-se, pois, de abusividade inerente. A disposição do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve, pois, ser interpretada como fundamento de proibição de toda publicidade dirigida ao público infantil. A norma consumerista revela, como valor subjacente, a concepção da criança como sujeito de direito, cuja condição de pessoa em desenvolvimento não deve ser instrumentalizada para obtenção de proveito econômico; reflete, assim, os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta dos interesses da criança, expressos no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e nos artigos 1º e 2º, *caput*, da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Consequentemente, a abusividade da publicidade dirigida à criança independe de prova da nocividade dos efeitos do consumo estimulado; ou seja, irrelevante se o consumo do produto ou serviço será benéfico ou prejudicial à criança. A norma elegeu, como critério para definição da abusividade, o modo de atuação da publicidade, caracterizado pela exploração da condição da criança como pessoa em desenvolvimento. A abusividade da publicidade dirigida à criança não se limita, portanto, a produtos e serviços cujo consumo regular ou excessivo lhe seja potencialmente nocivo (e.g., alimentos gordurosos).

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp n. 1.558.086/SP (Segunda Turma, Min. Rel. Humberto Martins, j. 10.3.2016), considerou abusiva a publicidade dirigida à criança que condicionava a venda de relógio do personagem licenciado Shrek à aquisição

de cinco produtos alimentícios da linha “Gulosos”. Embora o julgamento se referisse à publicidade de produto alimentício, o Ministro Relator destacou a “ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor)”. O Ministro Herman Benjamin acompanhou o voto do relator, acrescentando, oralmente, que:

*[...] o Código de Defesa do Consumidor no que tange à regulação da publicidade não estabelece um sistema de infração de resultado, basta a infração em si mesma, ou melhor dizendo, a prática em si mesma para caracterizar a infração. E finalmente, que não houve risco à saúde e à segurança, esse não é o critério do Código de Defesa do Consumidor, não é o único valor protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, o código protege, sobretudo, a autonomia da vontade. E onde está a autonomia da vontade de uma criança? E, sobretudo uma que está na idade ainda que sente um apelo de um relógio do Shrek.*

O voto do Ministro Humberto Martins é paradigmático, porque parte da premissa de que a manipulação do universo infantil encerra abusividade. O Ministro Herman Benjamin reforça essa interpretação, na medida em que declara, de forma expressa, que o principal valor protegido pelo Código de Defesa do Consumidor é a autonomia da vontade, de modo que a abusividade da publicidade dirigida à criança não se restringe à oferta de produto ou serviço que implique risco à sua saúde ou segurança. O precedente revela uma linha interpretativa tendente à coibição da publicidade dirigida à criança, como forma de impedir a exploração de sua condição de pessoa em desenvolvimento.

## 7. Conclusão

A elaboração do conceito de publicidade sob a perspectiva de sua finalidade (i.e., a persuasão para o consumo de produto ou serviço) induz o intérprete a categorizá-la como atividade integrante da ordem econômica, sujeita às limitações impostas pelas normas de defesa do consumidor.

O artigo 37, § 2º, da Lei n. 8.078/1990 considera abusiva a publicidade que se aproveite do desenvolvimento psíquico incompleto da criança. A norma consumerista estabeleceu, como critério para aferição da abusividade, os meios de atuação da publicidade, sendo irrelevante o exame da nocividade dos efeitos do consumo estimulado.

A publicidade dirigida à criança se compõe de técnicas adaptadas à psique infantil, destinadas à persuasão de seu público-alvo. A explicitação dessas técnicas evidenciou que a publicidade explora elementos das estruturas cognitiva e afetiva da criança para influir na regulação de seus interesses, criar o desejo pelo produto ou serviço e mobilizá-la para a ação de consumo. Porque lhe é inacessível o pensamento abstrato, a criança não é capaz de submeter a publicidade a um juízo crítico; a falta de autonomia afetiva e de estruturação da vontade a torna vulnerável ao apelo emocional da publicidade, que opera no plano do inconsciente. Concluiu-se, assim, que toda publicidade dirigida à criança é abusiva, na forma do artigo 37, § 2º, da Lei n. 8.078/1990, pelo que deve ser coibida, sendo insuficiente a autorregulamentação proposta pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Essa interpretação é consentânea com os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta da criança (artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e nos artigos 1º e 2º, *caput*, da Lei n. 8.069/1990).

Os argumentos contrários à proibição não são consistentes com o ordenamento jurídico e com os estudos de psicologia infantil. A tese de que a proibição da publicidade infantil é expressão de moralismo excessivo e paternalismo estatal é meramente retórica, porque não amparada no modelo de Estado delineado pela Constituição Federal, que incorpora caracteres intervencionistas. O argumento da inaptidão da publicidade para determinar o comportamento da criança, além de desprovido de fundamento científico, contradiz a medida de investimento financeiro destinado a essa espécie de produção publicitária. A tese de que compete aos pais e responsáveis a educação da criança para o consumo parte da falsa premissa de que o apelo inconsciente da publicidade pode ser desfeito pelo esforço educativo.

## 8. Bibliografia

ANDREWS, Marc; VAN LEEUWEN, Matthijs; VAN BAAREN, Rick. *Persuasão na publicidade: 33 técnicas psicológicas de convencer*. São Paulo: Gustavo Gili, 2016.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Contribuição da psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança*. Brasília, DF: Conselho Federal de Psicologia, 2008.

KAPFERER, Jean-Noël. *A criança e a publicidade*. Porto: RÉ-S-Editora, 1985.

PIAGET, Jean. *Seis estudos de psicologia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

SANTAELLA, Lucia; NÖTH, Winfried. *Estratégias semióticas da publicidade*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.



# Flexibilização da causa de pedir em ações em que se discute erro médico

*Patricia Bueno Scivittaro*<sup>1</sup>

Juíza de Direito do Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Natureza da relação jurídica médico-paciente e o tipo de responsabilidade civil que a norteia na hipótese de erro médico; 3. Serviço médico: obrigação de meio ou de resultado; 4. Da causa de pedir – considerações preliminares; 5. Da causa de pedir em ações por erro médico; 6. Possíveis soluções processuais aptas a conciliar o princípio da correlação da prestação jurisdicional à demanda e o princípio da efetividade e instrumentalidade do processo; 7. Considerações finais; 8. Bibliografia.

## 1. Introdução

A prática diária da atividade jurisdicional levou-me a refletir a respeito da efetividade e eficácia de algumas regras processuais aplicadas em ações que tem por objeto a responsabilidade civil do médico no exercício de sua profissão.

As regras processuais a que me refiro dizem respeito àquelas que delimitam o julgamento, que são de suma importância para o sucesso ou insucesso da demanda e, portanto, interferem diretamente no alcance do direito material que a parte sustenta a dispor quando deduz sua pretensão em Juízo.

Entendo que em ações nas quais se discute erro médico, tanto a causa de pedir como o pedido nela formulados envolvem questões de análise judicial extremamente delicadas, pois de um lado envolve a reputação profissional do médico e de outro a reparação, muitas vezes de cunho moral, a pessoas que se tornaram vítimas diretas ou indiretas de imperícia, negligência ou imprudência do médico no exercício de sua profissão.

A tênue linha que separa a conduta médica correta ou incorreta do resultado reputado danoso torna estas ações como uma daquelas que mais desafia a habilidade profissional do operador do direito, seja como advogado das partes envolvidas ou como julgador.

Por essas razões, e pelas dificuldades já enfrentadas quando do processamento e julgamento de ações dessa natureza, que passei a questionar a eficácia e efetividade de algumas normas processuais, as quais, quando utilizadas em ações em que se discute erro médico, não se mostram tão efetivas e eficazes para o seu justo e adequado deslinde.

Tais questões tanto me afligem como me fascinam e, por tais motivos, ora enfrentá-las tornou-se um desafio de: primeiro, compartilhar as angústias pessoais a respeito do assunto com pessoas que como eu atuam nessa área e podem desfrutar das mesmas angústias; e segundo, tentar pontuar algumas ideias que inicialmente mostrem-se extravagantes,

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Indaiatuba.

em razão de sua inovação, mas que, mediante posteriores reflexão e amadurecimento, possam trazer resultados positivos às partes envolvidas em ações dessa natureza.

## **2. Natureza da relação jurídica médico-paciente e o tipo de responsabilidade civil que a norteia na hipótese de erro médico**

Antes de adentrar na análise das questões de ordem processual que interferem diretamente no deslinde de ações que tem por objeto a discussão da responsabilidade civil do médico por erro no exercício de sua atuação profissional, necessário se faz a abordagem da natureza jurídica da relação existente entre médico-paciente e o tipo de responsabilidade civil imputada ao médico nessa hipótese.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a relação médico-paciente, antes disciplinada pelo Código Civil, tornou-se relação de consumo, na qual o médico, como profissional liberal prestador de um serviço (serviço médico) subsume-se ao conceito legal de fornecedor e o paciente, enquanto destinatário final desse serviço, enquadra-se na definição legal de consumidor (artigos 3º e 2º, respectivamente, do CDC).

Em sendo a relação médico-paciente nitidamente de consumo, o médico subsume-se às normas de regência do Código de Defesa do Consumidor, quando questionada a sua responsabilidade civil frente ao paciente que se intitula lesado pela defeituosa prestação do seu serviço.

E a regra que disciplina a responsabilidade do médico por erro em sua atuação profissional encontra-se exposta na Seção II, Capítulo IV, do Código de Defesa do Consumidor, que trata da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço (artigos 12 a 17, do Código de Defesa do Consumidor), doutrinariamente também conhecida por responsabilidade do fornecedor de produto ou serviço decorrente de acidente de consumo.

Os acidentes de consumo, dentre os quais pode estar o dano patrimonial e extrapatrimonial causado ao paciente por defeituosa atuação profissional do médico, difere-se da responsabilidade por vício do produto ou do serviço (Capítulo IV, Seção III, artigos 18 a 21, do Código de Defesa do Consumidor), originária da não equivalência entre o serviço ou o produto ofertado e o prestado, o que a doutrina denomina cumprimento imperfeito do contrato ou descumprimento de oferta.

É importante destacar, para bom entendimento da matéria, que quando se trata de acidentes de consumo o dano dele decorrente ultrapassa o limite patrimonial do serviço contratado ou do produto adquirido pelo consumidor; ao passo que na responsabilidade pelo vício do produto o dano limita-se ao defeito do produto ou serviço<sup>2</sup>.

Quanto à responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço, o Código do Consumidor estabelece como regra a responsabilidade objetiva, isto é, não se discute a culpa do fornecedor pelo evento danoso. Basta a demonstração do dano suportado pelo consumidor e o nexo de causalidade entre este e o defeito do serviço prestado, ou entre o dano e a informação insuficiente ou inadequada sobre a fruição e riscos oriundos do serviço.

No entanto, o Estatuto Consumerista excepcionou essa regra, estabelecendo a responsabilidade civil subjetiva quando o serviço é prestado pessoalmente por profissionais

---

<sup>2</sup> MAIA, Alneir Fernando Santos. A responsabilidade civil geral e a obrigação do fornecedor de indenizar o fato do produto ou serviço. *Revista Juris Plenum*, ano V, n. 25, jan. 2009. p. 13-14.



liberais, ao dispor no parágrafo 4º, do seu artigo 14 que: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Portanto, o médico, como profissional liberal, responde pessoalmente por eventual dano causado a seu paciente, mediante a demonstração de culpa, nas modalidades imprudência, negligência ou imperícia, quando de sua atuação profissional.

Ou seja, a responsabilidade do médico, quando lhe é imputado erro médico, é subjetiva, excepcionando a regra geral estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor quando atribui aos fornecedores de serviço em geral a responsabilidade objetiva por defeito de segurança do seu serviço.

### 3. Serviço médico: obrigação de meio ou de resultado

É importante pontuar que a discussão da culpa do médico em sua atuação profissional está intimamente ligada à natureza da obrigação assumida pelo médico em relação a seu paciente, isto é, se a sua obrigação é de meio ou de resultado.

Rui Stoco, ao tratar sobre o assunto em sua obra *Tratado de responsabilidade civil*, citando ensinamentos de Ruy Rosado de Aguiar Jr., assim conceitua:

*A obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado. A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar a outro, ou consertar e pôr em funcionamento uma certa máquina<sup>3</sup>.*

Rui Stoco traz considerações interessantes para bem diferenciar a obrigação de meio da de resultado, dizendo que na obrigação de meio:

*é a própria atividade do devedor que está sendo objeto de contrato. Essa atividade tem de ser desempenhada da melhor maneira possível, com a diligência necessária para o melhor resultado, embora este não seja a meta optata nem o objeto da avença. Na obrigação de resultado o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. O resultado é, portanto, o objetivo do contrato<sup>4</sup>.*

Tanto na obrigação de meio como na de resultado impõe-se a discussão de culpa, com a diferença de que na primeira a culpa deve ser demonstrada, ao passo que na segunda é presumida, o que interfere diretamente na distribuição do ônus probatório.

Explica-se: adotando como exemplo a prestação de serviço médico, a doutrina e jurisprudência praticamente são uníssonas ao sustentarem que a obrigação do médico é de meio, exceto na hipótese de cirurgia estética. Desta forma, o médico em relação a

<sup>3</sup> Stoco, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 629.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 629.

seu paciente, em regra, tem obrigação de meio, cabendo a este, paciente, em eventual ação por erro médico, comprovar que o médico concorreu com culpa em alguma de suas modalidades, para ocorrência do evento danoso. Porém, em se tratando de cirurgia estética, onde a obrigação do médico é de resultado, em não sendo o resultado pelo médico obtido, a culpa do médico é presumida, de forma que caberá a ele, médico, demonstrar que não agiu com culpa<sup>5</sup>.

Vê-se, portanto, que a despeito da relação jurídica médico-paciente tratar-se de relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da responsabilidade pelo fato do serviço, doutrinariamente conhecida como acidente de consumo, estabelece que em se tratando de prestação de serviço de profissionais liberais, dentre eles o médico, a responsabilidade desses profissionais é subjetiva. Ou seja, para sua caracterização, é necessário apurar a conduta culposa do profissional.

E o tipo de responsabilidade atribuída ao profissional liberal, como fornecedor de serviço na relação de consumo, interfere diretamente não só na delimitação do ônus probatório das partes envolvidas, como na delimitação da causa de pedir, em ações nas quais se discute erro médico, cuja análise será melhor desenvolvida nos próximos tópicos deste trabalho.

#### 4. Da causa de pedir: considerações preliminares

Como já dito acima, o esclarecimento da natureza jurídica da relação mantida entre médico e paciente e a espécie de responsabilidade civil imputada por Lei ao médico por erro em sua atuação profissional é de extrema importância para delimitação da causa de pedir em ações de erro médico.

A causa de pedir ou *causae petendi* é um requisito da petição inicial (artigo 319, inciso III, CPC) e, como é sabido, consiste na narrativa dos fundamentos fático e jurídico, dos quais decorrem logicamente o pedido formulado pela parte autora quando deduz sua pretensão em Juízo. Doutrinariamente, a fundamentação fática é entendida como causa de pedir remota, enquanto a fundamentação jurídica, causa de pedir próxima.

E, em razão do atual Código de Processo Civil, assim como no recentemente revogado, preceituar que a petição inicial deve apresentar os fundamentos fático e jurídico da pretensão que é deduzida em Juízo, que a maioria da doutrina processualista consente que a legislação processual brasileira adotou a Teoria da Substanciação no que diz respeito à causa de pedir<sup>6</sup>.

Outra regra processual relacionada à causa de pedir, e de crucial importância ao tema que adiante será discutido, é a regra da eventualidade adotada pelo legislador pátrio quando proíbe, após a citação do réu, a alteração da causa de pedir e do pedido, sem o seu consentimento, estabelecendo como limite para que esta alteração ocorra, caso consentida pelo réu, o momento imediatamente anterior ao saneamento do processo (artigo 329, inciso II, do atual CPC, com previsão correspondente no artigo 264, do CPC revogado).

<sup>5</sup> Confira-se julgados do STJ, por meio dos quais, em regra, admite-se a obrigação do médico como de meio, excepcionando-se apenas em caso de cirurgias estéticas, onde é admitida a obrigação de resultado: REsp 992.821/SC – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – 4ª Turma – J. 14.08.2012; REsp 457312/SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – 4ª Turma – J. 19.11.2002; REsp 81101/PR – Rel. Min. Waldemar Zveiter – 3ª Turma – J. 13.04.1999.

<sup>6</sup> Tucci, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 143-148.

Desse mandamento legal, portanto, extrai-se a obrigatoriedade à parte autora da aplicação do princípio da eventualidade<sup>7</sup> ao formular sua pretensão, cabendo nela apresentar todos os fundamentos de fato e de direito, ainda que contraditórios entre si, sob pena de não poder assim o fazer após a triangulação da relação processual, exceto se consentido pelo réu.

Mas não é só. Segundo entendimentos sustentados por Manoel Caetano Ferreira Filho e Milton Paulo de Carvalho, citados por José Rogério Cruz e Tucci, a alteração da causa de pedir ou do pedido, segundo permitido pela regra processual acima mencionada, somente pode ocorrer se tais alterações estiverem relacionadas com os fatos constitutivos originários da demanda<sup>8</sup>.

Neste particular, o citado autor conclui, dizendo:

*a mutação da causa petendi admitida ao autor, pelo transcrito art. 264, refere-se, apenas ao fato particular (fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor), mantido necessariamente inalterado o fato constitutivo, uma vez que este corresponde à gênese do fundamento da demanda, a qual se afigura desnaturalada com a descaracterização daquele<sup>9</sup>.*

E prossegue, afirmando:

*“Tudo isso significa que a regra da eventualidade, impondo um sistema rígido de preclusões, constitui, como já procuramos patentear, pressuposto da teoria da substanciação, ao exigir a exposição simultânea, na petição inicial, dos fatos que fazem emergir a pretensão do demandante (causa petendi remota) e do enquadramento da situação concreta, narra in status assertionis, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela (causa petendi próxima)<sup>10</sup>.”*

Pela disposição estabelecida pelo artigo 329, do CPC, com correspondente previsão no artigo 264, do revogado CPC, é possível afirmar que a Lei Adjetiva pátria pretendeu estabelecer como regra a imutabilidade da causa de pedir e do pedido após a triangulação da relação processual, isto é, após a válida citação do réu. Excepcionou essa regra, permitindo a alteração da causa de pedir e/ou do pedido anteriormente formulados na inicial, na hipótese de consentimento do réu, após indagado a respeito, oportunizando-lhe, obviamente, o contraditório, com aditamento de sua defesa.

<sup>7</sup> Conforme Theodoro Junior, Humberto Theodoro. *Sentença: direito processual ao vivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 21: “O processo divide-se numa série de fases ou momentos, formando compartimentos estanques, entre os quais se reparte o exercício das atividades tanto das partes, como do juiz. Desta forma, cada fase prepara a seguinte e, uma vez passada à posterior, não mais é dado retornar à anterior. Assim, o processo caminha sempre para a frente, rumo a solução de mérito, sem dar ensejo a manobras de má fé de litigantes inescrupulosos ou maliciosos, nem propiciar vacilações ou insegurança do órgão judicial, com referência àquilo que já restou definitivamente decidido na fase própria. Pelo princípio da eventualidade ou da preclusão, cada faculdade processual deve ser exercitada dentro da fase adequada, sob pena de se perder a oportunidade de praticar o respectivo ato, ou de fazê-lo posteriormente de forma diversa daquela com que se desincumbiu do ônus processual.”

<sup>8</sup> CRUZ, op. cit., p. 149.

<sup>9</sup> Ibid. p. 150.

<sup>10</sup> Ibid.

É de fácil percepção que a intenção do Legislador, neste particular, foi garantir a estabilização da lide, permitindo o regular movimento da relação processual, visando atingir seu termo, com a prolação de um julgamento de mérito. É de se ponderar, contudo, se a postura por ele adotada não foi demasiadamente rigorosa a permitir julgamento absolutamente formal, porém materialmente injusto.

E é exatamente esta questão que motiva o desenvolvimento deste artigo, considerando, em especial, as peculiaridades intrínsecas a ações nas quais se formulam pretensões indenizatórias por erro médico.

### **5. Causa de pedir em ações por erro médico**

Com o exercício da profissão foi possível empiricamente constatar que a delimitação da causa de pedir, remota em ações nas quais se discute erro médico, é extremamente delicada.

Isto porque a narrativa fática apresentada pelo advogado do paciente lesado, na maioria das vezes, trata-se de reprodução de versão que lhe foi apresentada por aquele, isto é, pela vítima do alegado erro médico, que, na relação médico-paciente, é a parte leiga sobre assunto da ciência médica. É, no caso, a parte vulnerável da relação de consumo.

E o advogado, em também sendo leigo em assuntos médicos, geralmente não dispõe de necessária percepção para descrever com exatidão o fato ou os fatos que possam caracterizar conduta culposa do médico no desenvolvimento do tratamento clínico ou cirúrgico do paciente.

Assim, a complexidade natural de questões relacionadas à atividade médica, aliada ao desconhecimento científico sobre o assunto da pessoa incumbida de reproduzi-las na petição inicial, resultam causas de pedir falhas, pois estas deixam de apresentar fatos relevantes que realmente podem, após dilação probatória, caracterizar a culpa do médico no exercício de sua atuação profissional.

E a aplicação rigorosa da regra da imutabilidade da causa de pedir após a citação do réu, salvo consentida por este, poderá acarretar sentenças de mérito formalmente perfeitas, mas inequivocamente injustas, pois, a despeito de demonstrada a culpa do médico pela ocorrência de dano ao paciente, aquele não será condenado a ressarcir este, pois a inicial não trouxe a específica narrativa da conduta culposa, que restou demonstrada após dilação probatória, a despeito desta conduta estar intimamente relacionada com o fato constitutivo do direito da parte autora, originalmente relatado na inicial.

Para ilustrar essa assertiva, tomo a liberdade de apresentar caso concreto por mim vivenciado em relação ao assunto sob discussão.

Tratou-se de ação de responsabilidade civil por alegado erro médico<sup>11</sup>, pretendendo o autor da demanda ser indenizado por dano moral, em razão de intensos sofrimentos, físico e psicológico, por ele suportados em virtude de inúmeras complicações advindas da cirurgia para correção de defeito congênito cientificamente conhecido como hipospádia, o qual, após sucessivos e dolorosos procedimentos cirúrgicos, não logrou ser efetivamente corrigido.

O médico, em defesa, sustentou a inexistência de erro médico, argumentando que o fato relatado pelo autor na inicial caracterizava complicações naturais do procedimento

---

<sup>11</sup> Processo n° 248.01.2003.002757-3.

cirúrgico, reputado pela ciência médica, na especialidade de urologia, de alto risco, o que teria sido previamente informado ao paciente.

Tendo em discussão a responsabilidade pessoal do médico no cumprimento de obrigação de meio, como já pontuado anteriormente, caberia ao paciente, autor da demanda, em regra, comprovar a conduta culposa do réu, em qualquer de suas modalidades.

No entanto, da análise da causa de pedir remota apresentada pelo autor, em sua inicial, reputando não ter ele condições técnico-científicas<sup>12</sup> de coligir provas aptas a demonstrar a conduta culposa do médico para a ocorrência do evento danoso que afirmava ter suportado, foi aplicada, para o deslinde da controvérsia, a inversão do ônus probatório, autorizada pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, da qual resultou ao médico o ônus de demonstrar que não agiu com culpa para a ocorrência dos fatos afirmados pelo autor como caracterizadores de dano a sua pessoa.

Após extensa e minuciosa dilação probatória, ante a complexidade da questão posta sob análise, restou demonstrado que o doloroso e sofrido tratamento suportado pelo autor, com sucessivas cirurgias para correções do primeiro procedimento cirúrgico realizado pelo médico, foi resultado de complicações inerentes ao procedimento cirúrgico eleito para correção do raro defeito congênito apresentado pelo autor, não tendo o médico incorrido com conduta culposa em sua atuação cirúrgica e pós-cirúrgica.

Entretanto, da prova oral produzida emergiu a conduta culposa do médico, ao faltar com o seu dever de informação<sup>13</sup>, deixando de advertir o paciente detalhadamente de todos os riscos e consequências da cirurgia corretiva, reputada pela literatura médica, no caso específico, como um procedimento cirúrgico de altíssimo risco. Não havia nos autos prova do termo de consentimento-informado. E o réu não produziu qualquer outra prova que pudesse supri-lo.

Diante da evidência da conduta culposa do médico, ao falhar com o dever de informação dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico proposto ao paciente, que o aderiu sem consciência daqueles, suportando intenso sofrimento físico e emocional, houve o decreto de procedência da ação, com a condenação do médico ao pagamento da indenização por danos morais postulada pelo autor da demanda.

Em sede de recurso de apelação interposto pela parte vencida, a sentença, contudo, foi reformada, afastando-se a condenação do médico, sob o argumento de não ter constado da inicial a causa de pedir remota que fundamentou a condenação, isto é, a falta de adequado cumprimento ao dever de informação<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Em comentário ao artigo 6º, inciso VIII, CDC explica-se que: “a hipossuficiência aí preconizada não diz com aspecto de natureza econômica, mas com o monopólio da informação. ... a clássica regra da distribuição do ônus da prova, no âmbito das relações de consumo, poderia tornar-se injusta pelas dificuldades da prova de culpa do fornecedor, em razão da disparidade de armas com que conta o consumidor para enfrenar a parte melhor informada. É evidente que o consumidor, em muitas hipóteses, não tem acesso às informações sobre as quais recairia todo o seu esforço para a prova dos fatos alegados.” (OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor*: anotado e comentado. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 117.

<sup>13</sup> Segundo Gustavo Tepedino, citado por Ruy Stocco em sua obra *Tratado de responsabilidade civil*: “a investigação da culpa do médico, portanto, imprescindível à configuração da responsabilidade, requer uma definição dos inúmeros deveres de que é cometido, os quais podem ser enquadrados em três categorias: a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; b) emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica.” Op. cit., p. 729.

<sup>14</sup> TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Claudio Godoy, Ap. nº 0002757-97.2003.8.26.0248. No texto do acórdão assim constou: “De fato, atentamente lida a inicial, nada há sobre o descumprimento do dever de informação como e enquanto causa ao

Aparentemente, irretocável a decisão colegiada, pois seguindo a regra processual da correlação da prestação jurisdicional à demanda (art. 141, do CPC e correspondente art. 128, do revogado CPC), afastou-se a responsabilidade do médico de indenizar o paciente, vez que, em sua petição inicial não foi especificamente relatada a culpa do médico por sua omissão ao dever de informação dos riscos inerentes à cirurgia a que o paciente foi submetido, e da qual, desinformado, suportou inúmeros infortúnios e dissabores.

Observa-se, contudo, que o rigorismo formal da decisão colegiada sob análise impediu que o Poder Judiciário cumprisse a sua função primordial, que é a solução justa do litígio, conferindo à parte prejudicada o direito material que restou comprovado dispor.

Não se questiona que regras processuais devem ser seguidas, mas tais devem ser utilizadas como meio e não fim do processo. O processo deve ser utilizado como instrumento efetivo para o alcance do direito material perseguido pela parte que buscou a tutela do Estado, por meio de sua atividade jurisdicional e esta deve ser exercida utilizando-se do processo de maneira efetiva e eficiente para alcançar a ordem jurídica justa<sup>15</sup>. Essa ideia traduz o princípio da instrumentalidade do processo.

## **6. Possíveis soluções processuais aptas a conciliar o princípio da correlação da prestação jurisdicional à demanda e o princípio da efetividade e instrumentalidade do processo**

Como já dito, a complexidade natural de questões relacionadas à atividade médica, aliada ao desconhecimento científico sobre o assunto da pessoa incumbida de reproduzi-las na petição inicial, resultam causas de pedir falhas em ações de erro médico.

Não parece razoável, contudo, que essa falha inerente à própria dificuldade de distinguir no caso concreto se o evento danoso é oriundo de complicações previsíveis ou imprevisíveis da doença ou do procedimento cirúrgico, ou da falta de conhecimento informado desses riscos, ou de efetiva conduta culposa, por imperícia, imprudência ou negligência médica, impeça o paciente de ser ressarcido pelo prejuízo suportado, simplesmente porque o fato não se encontrava exatamente delineado na causa de pedir remota por ele apresentada em sua inicial.

Isto porque em virtude da complexidade do fundamento fático da demanda por erro médico, este, na maioria das vezes, somente será esclarecido após dilação probatória, de onde podem surgir fatos desconhecidos pelo paciente, em razão do seu desconhecimento técnico, ou até mesmo, como verificado no acórdão paradigma, em virtude da falta de prévia informação dos riscos inerentes ao tratamento clínico ou cirúrgico.

---

pleito indenizatório. E, se é assim, não era possível condenar o réu por este fato, insistia-se, fora do que se aduziu e, assim, do contraditório instaurado. Vai daí que, neste contexto, limitada a causa de pedir à imperícia e negligência que, no entanto, a prova afastou, nada mais há senão julgar improcedente a ação.”

<sup>15</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 28: “...ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto a necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. Afirma-se que o objetivo-síntese do estado contemporâneo é o bem-comum, e quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça*.”

Verificada essa hipótese, isto é, a do surgimento, após dilação probatória, de fato intrinsecamente relacionado ao fato constitutivo do direito do autor, não relatado, porém, na causa de pedir apresentada, a alternativa para dar efetividade à tutela jurisdicional pretendida, sem violar o princípio da correlação da sentença à demanda, é garantir à parte ré o direito ao contraditório, concedendo-lhe prazo para aditar sua defesa e produzir outras provas, seja documental, oral ou pericial, garantindo-lhe, assim, o devido processo legal<sup>16</sup>.

Essa prática assemelha-se muito ao instituto da *mutatio libelli* sabiamente adotado pelo Processo Penal, que em seu artigo 384, *caput*, preceitua que:

*Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvida até três testemunhas.*

A regra da *mutatio libelli* adotada pelo Código de Processo Penal assim o foi para dar cumprimento ao princípio da correlação da sentença à demanda, assegurando, assim, a imutabilidade da acusação<sup>17</sup>.

Infelizmente, o Código de Processo Civil recentemente em vigor não dispõe de regra semelhante à da *mutatio libelli* prevista no Código de Processo Penal, que possibilita a adequação da demanda, inicialmente posta sob julgamento, à alteração fática advinda da dilação probatória, que esclareceu ou fez emergir fato até então desconhecido da parte autora.

A regra do Código de Processo Civil que mais se aproxima à hipótese tratada pela *mutatio libelli* prevista no Código de Processo Penal é aquela estabelecida no seu artigo 493 (correspondente artigo 462, do CPC revogado), que assim dispõe:

*Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.*

José Rogério Cruz e Tucci, ao discorrer sobre o tema, não chega a definir se a regra processual trazida no citado dispositivo trata de uma exceção à regra da inalterabilidade da causa de pedir, restringindo-se apenas em afirmar que a norma é expressa e deve ser atendida<sup>18</sup>.

Observa-se, contudo, que o citado autor é contrário à possibilidade da alteração da causa de pedir após a triangulação da relação processual, pois afirma que o réu defende-se do fato afirmado pelo autor da demanda, e, em sendo alterada a *causa petendi* após a defesa, ou saneamento do feito, onde se estabelece os pontos controvertidos da demanda,

<sup>16</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 78-79: “Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.”

<sup>17</sup> Noronha e Magalhães citado por Mirabete, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 432.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 178.



haverá violação do contraditório, o que, segundo o autor, impede que se admita a sua alteração após os momentos processuais predefinidos pelo Código de Processo Civil<sup>19</sup>.

Sem dúvida, a regra da imutabilidade da causa de pedir é pertinente para evitar, após a triangulação da relação processual, que a parte ré seja surpreendida com radical mudança da causa de pedir inicialmente apresentada, instaurando praticamente uma nova demanda no bojo daquela já instaurada, surpreendendo o réu já no curso do processo.

Por certo, tal atitude parece inadmissível e deve ser rechaçada, sob pena de causar total insegurança às relações processuais em andamento, além de inequívoco tumulto processual.

Ocorre que a hipótese ventilada por meio deste trabalho não se trata da hipótese de radical mudança da causa de pedir, mas alteração desta, em virtude de fato esclarecido no decorrer da instrução, antes não conhecido pela parte demandante.

Nesta hipótese, parece totalmente plausível admitir a alteração da causa de pedir, respeitado o contraditório e a ampla defesa, como acima colocado. Isto porque a alteração verificada não se trata de inovação voluntária e aleatória da causa de pedir pelo demandante, mas sim inovação decorrente de fato que emergiu das provas coligidas dos autos, estritamente relacionado com a causa de pedir originalmente apresentada na inicial.

Embora não concorde, José Rogério Cruz e Tucci cita julgado do Supremo Tribunal Federal, com entendimento similar ao ora defendido, esposado em julgamento de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 222.206-4-SP, onde ali afirmou-se que:

*Em sede de ação de reparação de danos, não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF) a decisão que defere o pleito indenizatório com fundamento diverso do pedido, desde que o nexo de causalidade, reconhecido pelo decisum, entre o dano sofrido e o evento danoso, guarde coerência com o pedido inicial<sup>20</sup>.*

Tal postura, a meu ver, coaduna-se com o princípio da efetividade e instrumentalidade do processo e da economia processual, permitindo ao Judiciário conceder à parte tutela jurisdicional efetiva e justa, alcançando a sua função primordial, que é a composição de conflitos, para reestabelecer, assim, a paz social.

## 7. Considerações finais

Ações em que se discute erro médico são originalmente complexas, em virtude da dificuldade inicial do seu demandante apresentar de forma irretocável a sua causa de pedir remota que, subsumindo-se à causa de pedir próxima, confere-lhe o direito à pretensão posta em Juízo, que é, normalmente, a condenação do médico ao pagamento de indenização pelo dano que lhe foi causado.

---

<sup>19</sup> Em consonância com o seu entendimento, Tucci cita: Corrado Ferri, Botelho de Mesquita, Edoardo Grasso, Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho e Eduardo Arruda Alvim. Op. cit., p. 192.

<sup>20</sup> RT, 754:209, Rel. Maurício Corrêa, 22.05.98 (DJU), op. cit. p. 200.

A complexidade de delimitar a causa de pedir remota nesse tipo de ação decorre da tênue linha que separa o erro médico do resultado indesejado do tratamento, em virtude de complicações inerentes ao próprio estado de saúde do paciente.

Em razão da dificuldade de diferenciação entre a conduta culposa do médico e o resultado indesejado causado pelos riscos inerentes ao tratamento, pode propiciar ao demandante a apresentação falha de sua causa de pedir, da qual decorre logicamente o seu pedido, cuja constatação usualmente ocorre após a dilação probatória, quando, por força de regra processual, não mais é possível a alteração da causa de pedir anteriormente apresentada.

Diante da particularidade da situação tratada nesse tipo de ação, mostra-se razoável que haja flexibilização da regra processual da imutabilidade da causa de pedir, da forma como vem preconizada pelo Código de Processo Civil em vigor, admitindo o fato descoberto em dilação probatória caracterizador de conduta culposa do réu, como fundamento de sua condenação, ainda que não tenha sido relatado na causa de pedir originalmente apresentada pelo demandante.

A flexibilização da regra da imutabilidade da alteração da *causa petendi*, contudo, deve necessariamente ser precedida da garantia do contraditório e da ampla defesa à parte adversa, oportunizando-lhe o direito de se manifestar nos autos e produzir provas a respeito do fato relevante, que somente emergiu durante a instrução do feito.

A prática ora sugerida visa garantir a efetividade da decisão judicial, com a prolação de decisão materialmente justa. A flexibilização dessa regra processual implica na utilização do processo como instrumento para aplicação da lei substantiva na pacificação de conflitos postos sob julgamento do Poder Judiciário, que representa parcela do Estado na difícil função de manter a paz social entre os seus cidadãos.

O Judiciário, como Poder que representa a soberania do Estado na sua função de pacificação de conflitos, sejam individuais, coletivos ou difusos, deve dar primazia a decisões substancialmente justas, sem deixar de observar, para tanto, o devido processo legal.

E, assim agindo, evitar-se-á a proliferação de ações perante o Poder Judiciário, na busca de decisões justas não alcançadas em ações anteriores, nas quais foram prolatadas decisões rigorosamente formais, sem, contudo, atenderem ao interesse das partes.

## 8. Bibliografia

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MAIA, Alneir Fernando Santos. A responsabilidade civil geral e a obrigação do fornecedor de indenizar o fato do produto ou serviço. *Revista Juris Plenum*, São Paulo, n. 25, jan. 2009.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Forense, 1993.
- OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Sentença: direito processual ao vivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

# Responsabilidade civil por fato do produto ou serviço: reflexões referentes à aplicabilidade da classificação das obrigações de meios, resultado e garantia

*Paulo Henrique Ribeiro Garcia*<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Obrigação de meios; 3. Obrigação de resultado; 4. Obrigação de garantia; 5. Observações finais.

## 1. Introdução

A teoria da qualidade, conforme proposta de Herman Benjamin, tem seu alicerce em dois aspectos distintos: o *dever de adequação*, cujo objeto é a proteção do patrimônio do consumidor (com o tratamento dos vícios de qualidade por inadequação); e o *dever de segurança*, que contempla a proteção da saúde do consumidor (com o tratamento dos vícios de qualidade por insegurança)<sup>2</sup>.

Tais deveres ostentam regimes diversos. Estão perfeitamente separados. A responsabilidade civil relativa ao dever de adequação observa o regramento previsto nos arts. 18 a 25, da Lei nº 8.078/1990 (responsabilidade por vício do produto ou serviço), enquanto o descumprimento do dever de segurança tem seus efeitos estabelecidos, de um modo geral, nos artigos 12 a 17 da Lei nº 8.078/1990 (responsabilidade pelo fato do produto ou serviço).

Somente o segundo aspecto (dever de segurança) será objeto do presente estudo.

Em se tratando de dever de segurança, o critério de imputação da responsabilidade civil é orientado pela noção de produto ou serviço defeituoso. O defeito representa o descumprimento do dever de segurança<sup>3</sup>, ou seja, a ausência do resultado de conservar

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil/USP, Especialista em Direito de Consumidor/EPM, Professor Assistente do Curso de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura, Professor Convidado na Pós-Graduação do Curso de Especialização em Direito Imobiliário da PUC/COGEAE, Professor Convidado na Pós-Graduação em Direito do Consumidor da FAAP.

<sup>2</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 156-157.

<sup>3</sup> Não se tratando de hipótese de reparação civil por ato lícito, o fundamento da indenização pressupõe a transgressão de uma regra de comportamento, que, necessariamente, não segue um perfil de voluntariedade, mas representa sempre o descumprimento de um dever jurídico (de não causar dano a outrem). Acolhe-se uma noção de ilicitude que considera a conduta objetivamente como negação dos valores tutelados pela ordem jurídica, distinta, desse modo, do conceito de culpabilidade, uma concepção, portanto, aplicável tanto para a responsabilidade subjetiva quanto para a responsabilidade objetiva. Assim, seguindo a lição de Massimo Bianca, a responsabilidade objetiva insere-se na noção e na disciplina do ilícito, sob o mesmo fundamento da responsabilidade subjetiva: a violação do dever de não lesar outrem. (BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*, v. 5. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 689). Em regra, as definições dadas ao ato ilícito seguem a linha de íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa, critério, entretanto, que cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva. A respeito, ver Fernando Noronha (*Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 385 e ss.) e Claudio Luiz Bueno de Godoy (*Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32 e ss.). Para solucionar o problema da sistematização, partiu-se para a objetivação do conceito de ilicitude, compreendendo-se o ato ilícito como sinônimo de ato antijurídico. Haveria, assim, a ilicitude objetiva e a subjetiva. Nessa visão, ilicitude objetiva representa apenas a ação que não seja conforme o direito (a circunstância de ser proibida), enquanto a ilicitude subjetiva corresponde às ações de violação de direitos de outrem que sejam subjetivamente reprováveis (culpáveis), compreendendo, portanto, a antijuridicidade (toda ação ofensiva ao direito alheio, proibida pela ordem jurídica) e a culpabilidade (censurabilidade de alguém, imputável a título de culpa ou dolo), seguindo aquela definição tradicional do termo jurídico. (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 382-384). Outra alternativa para sistematizar a matéria a partir do ato ilícito foi observada na Itália, em que parte da doutrina considerou como sinônimos os conceitos de ato antijurídico (ilícito objetivo) e de dano injusto. Conforme esclarece Giuseppe Tucci, um dos primeiros problemas do dano injusto diz respeito à sua identificação como a antijuridicidade do ato que o causa e então a configuração do ilícito civil como pressuposto indispensável da tutela aquiliana

indene a pessoa e os bens do consumidor, a partir da concretização de um risco contra o qual o consumidor tinha uma legítima expectativa de estar seguro, protegido<sup>4</sup>. O defeito de segurança, na lição de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, pressupõe uma periculosidade adquirida acima do normal, do previsível, quebrando a expectativa do destinatário<sup>5</sup>.

Onde, porém, preexista uma relação contratual de fornecimento de produto ou serviço, será tal vínculo o critério que organiza os interesses da parte, razão pela qual, nesse contexto, a responsabilidade civil necessita ser considerada a partir da inobservância da relação contratual e servir de meio sucedâneo para lhe restabelecer a força efetiva<sup>6</sup>.

Em tese, portanto, pode se admitir a ideia de um ilícito contratual que é resultado do não cumprimento, *lato sensu*, dos deveres próprios das obrigações, no que se incluem a prestação principal, as prestações secundárias e os deveres acessórios de conduta, ainda que impostos por lei, no seio da complexa relação obrigacional<sup>7,8</sup>.

Em sendo o defeito (descumprimento do dever de segurança) o fundamento dessa responsabilidade civil contratual<sup>9</sup>, importante estabelecer em que medida o devedor se acha vinculado, o que, diante da expressa admissão legal dos critérios de imputação subjetiva e objetiva para hipóteses de responsabilidade por fato do produto ou serviço, possível aplicar a classificação doutrinária das obrigações segundo o conteúdo, de modo a estabelecer três regimes jurídicos distintos para efeito de responsabilidade civil<sup>10</sup>: obrigação de meios, obrigação de resultado e obrigação de garantia<sup>11</sup>.

(TUCCI, Giuseppe. *Il danno ingiusto*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1970. p. 2-3). Entretanto, adverte Cláudio Luiz Bueno de Godoy que, no atual modelo de responsabilidade civil, ato ilícito e dano ilícito deixam de ser expressões sinônimas, ou seja, “a injustiça do dano deixa de ser enfocada do ponto de vista apenas da ilicitude da conduta que o determinou, de tal arte que mesmo conduta lícita passa a ser apta à causação de um dano que, ainda assim, possa dizer-se injusto.” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno. Op. cit., p. 34). Ilícito é, pois, a transgressão de um dever jurídico. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 334).

<sup>4</sup> Importante esclarecer que eventual inadimplemento da prestação principal contratada, seja de entrega de produto seja de fornecimento de serviço, deve observar o regramento relativo ao descumprimento do dever de adequação ou ao inadimplemento absoluto da obrigação. Por conta disso, a não obtenção do resultado em cirurgia plástica estética, em tese, não deveria ensejar discussão sob a égide da responsabilidade por fato do produto ou serviço, mas sim nos termos da responsabilidade por vício do serviço, fundada em responsabilidade objetiva.

<sup>5</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade Civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 109.

<sup>6</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 97.

<sup>7</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. e atual. 13. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1, p. 521-522.

<sup>8</sup> No âmbito das relações de consumo, não se pode ignorar o tratamento unitário que se submete a responsabilidade do fornecedor, ante a equiparação de todas as vítimas do acidente de consumo à figura do consumidor (art. 17, do Código de Defesa do Consumidor), sendo fundamento da responsabilidade o descumprimento da obrigação de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 335).

<sup>9</sup> Acolhemos a ideia de Carlo Castronovo, que indica a noção ampla de inadimplemento, incluindo prestação principal, prestações secundárias, deveres acessórios e anexos, como fundamento unitário da responsabilidade civil contratual. (CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 450-451).

<sup>10</sup> Parte da doutrina propõe uma unívoca qualificação obrigacional do dever de segurança contratual, o que teria o efeito de simplificar o tratamento da matéria. Essa posição é explicitada por Antonio Cabanillas Sánchez quando argumenta que tal dever de proteção somente tem sentido se configurado como obrigação de resultado, tal como foi contemplado em sua origem, pois, enquanto obrigação de meios, não é eficaz para proteger o credor, na medida em que lhe impõe o ônus de provar a negligência ou a imprudência da outra parte, ensejando uma situação pior que se aplicado o regime da responsabilidade extracontratual. (CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000. p. 268). Em França, a crítica da doutrina baseia-se na reduzida eficácia na segurança do contratante caso adotado um regime de obrigação de meios. Nesse sentido, Viney (VINEY, Geneviève. Rapport de synthèse, en La naissance de l’obligation de sécurité. *Gazette du Palais*, n. 264/266, 21 au 23 sept. 1997) e Patrice Jourdain (JOURDAIN, Patrice. Le fondement de l’obligation de sécurité. *Gazette du Palais*, n. 264/266, 21 au 23 sept. 1997). Apesar das críticas, a jurisprudência francesa não cessa a tarefa de identificar, caso a caso, qual a categoria obrigacional do dever de segurança, a fim de estabelecer o pressuposto de aplicação do correlato dever de indenizar. Entendimento tal que, em princípio, deve ser adotado também no contexto do ordenamento jurídico pátrio. A questão não pode ser resumida ao critério da opção mais benéfica ao lesado, com sobreposição à adequada qualificação do fenômeno protetivo. A posição unívoca não atende aquela diversidade de conteúdo obrigacional antes apresentada, nem há fundamento jurídico para qualificar toda obrigação de fazer como *de resultado* ou observar em toda obrigação de entrega de coisa a responsabilidade objetiva.

<sup>11</sup> Esclarece Fábio Konder Comparato que a terminologia ainda é flutuante. “Obrigações de meios” e “obrigações de resultado” foram as denominações empregadas por Demogio. André Tunc prefere as expressões “obrigações determinadas” e “obrigações

Nesse sentido, a lição de Luigi Mengoni na qual enfatiza o caráter decisivo do tipo de obrigação assumida no contrato, afinal, na obrigação de resultado, é devida a uma realização final, a qual, quando obtida, resolve, com plena satisfação, a finalidade econômica do credor, que representa o interesse que determinou o surgimento do vínculo; e, na obrigação de meios, o objeto é um comportamento qualificado por um certo grau de conveniência ou utilidade ordenado para alcançar um propósito, cuja realização não está, por si, incluída na órbita da relação obrigatória<sup>12</sup>.

Ainda que nascida a distinção a partir da funcionalização das obrigações de fazer, a doutrina considera tal classificação aplicável a todos os tipos obrigacionais, cujos parâmetros autorizariam, inclusive, a qualificação *a priori* dos regimes, segundo a diversidade dos tipos, sem negar a possibilidade de exceções. Seguindo tal posicionamento doutrinário, como regra geral, as obrigações de fazer comportariam qualificação tanto no regime das obrigações de meios, quanto no regime das obrigações de resultado, enquanto os demais tipos obrigacionais (não fazer e dar) apenas a qualificação no regime das obrigações de resultado<sup>13</sup>. Em que pese o respeito que se dedica aos referidos doutrinadores, a fragmentação dos regimes do dever de segurança no ordenamento pátrio dificulta a aplicação da aludida regra geral.

A questão que se propõe, portanto, é realizar algumas observações quanto à aplicabilidade das categorias obrigacionais mencionadas para apuração da responsabilidade civil decorrente do descumprimento do dever de segurança no âmbito da relação contratual de fornecimento de produto e de serviço.

## 2. Obrigação de meios

Uma noção inicial, extraída da obra de Emilio Betti, informa que a obrigação de meios consiste simplesmente no desenvolvimento de uma atividade no interesse do credor; se a atividade produzirá em concreto o efeito útil, é coisa que não diz respeito ao devedor, somente ao credor, cujo exemplo é a causa confiada ao patrocínio de um advogado, do qual se exige empenho na atividade profissional, mas não se imputa a ausência de vitória<sup>14</sup>.

No regime jurídico contratual de obrigação de meios, a medida em que o devedor está vinculado não consiste em uma prestação de resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas simplesmente uma atividade diligente em benefício do credor. O resultado final sequer pode entrar no vínculo, pelo fato de depender normalmente de fatores estranhos à vontade do devedor, motivo pelo qual a prestação compreenderá tão-só um comportamento diligente e honesto do devedor em vista da obtenção do resultado<sup>15</sup>. O critério de imputação, portanto, diz respeito àquela conduta do devedor que não espelha a diligência que reflete o adimplemento das obrigações contratuais<sup>16</sup>.

gerais de prudência e diligência". As obrigações de meios para Mengoni são "obrigações de simples comportamento" e para Betti "obrigações de conduta". (COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. In: WALD, Arnoldo (org.). *Direito empresarial: contratos mercantis e outros temas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 65).

<sup>12</sup> MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, v. 2, A cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi. Milano: Giuffrè, 2011. p. 148.

<sup>13</sup> Nesse sentido, Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*. 2009. v. 2, t. 1, p. 446) e Díez-Picazo (*Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias*. 6. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2008. v. 2, p. 271-282).

<sup>14</sup> BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1953. v. 1, p. 40-42.

<sup>15</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, v. 4, p. 74.

<sup>16</sup> Porquanto uma modalidade de comportamento do sujeito, algum conteúdo obrigacional deve ser extraído da essência do dever de segurança, que sirva como pressuposto e referência de análise para a aplicação da responsabilidade civil. (CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 78).

A diligência pode ser revelada por diferentes modelos de conduta, conforme apresenta Díez-Picazo: 1º) um modelo abstrato não profissional de conduta, reconhecido em vários ordenamentos pela regra geral do bom pai de família; 2º) o modelo profissional ou artifice<sup>17</sup>; 3º) o modelo derivado do modo habitual de comportamento de uma pessoa a respeito de seus próprios interesses, conhecido como diligência *quam in suis*<sup>18</sup>; 4º) o modelo de conduta resultante da concreta obrigação que se trata regular, quanto à natureza, circunstâncias das pessoas, tempo e lugar. Trata-se de um primeiro plano de análise, que enseja a identificação da diligência pautada por um dos modelos de conduta aplicável ao caso concreto, cuja escolha decorre de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico<sup>19</sup>.

Nesse contexto, o inadimplemento, que representa o critério de imputação da responsabilidade civil contratual, estará caracterizado pela total ausência do comportamento exigido, ou um comportamento pouco diligente, em que se dedica papel de relevo à imprudência, negligência ou falta de perícia ou habilidade técnica do devedor, com relação ao resultado que constitui a causa do negócio<sup>20</sup>. Isso significa que a “atividade tem de ser desempenhada da melhor maneira possível, com a diligência necessária para o melhor resultado, embora este não seja a meta optada nem o objeto da avença”<sup>21</sup>. A falta do resultado não entra no âmbito do critério de imputação, pois representa o dano, um outro e distinto pressuposto do dever de indenizar.

Nesse sentido, a compreensão de conduta culposa, que se revela pela imprudência, imperícia e negligência, é idêntica àquela da teoria do tipo penal. Isto porque, quando se afirma que a culpa é elemento do tipo penal, faz-se referência à inobservância do dever de diligência, um cuidado objetivo, consistente na obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. Um cuidado necessário objetivo, não subjetivo<sup>22</sup>.

Há, então, a necessidade de comparação de duas condutas a fim de se averiguar o descumprimento do dever de diligência: a conduta concreta do sujeito e a conduta modelo, que seria aquela dotada de discernimento e prudência. Por conta disso, possível se falar em cuidado objetivo, na medida em que se considera a previsibilidade objetiva, ou seja, a previsibilidade do resultado pelo homem comum, nas circunstâncias em que o sujeito realizou a conduta<sup>23</sup>.

Concentrada a análise na diligência exteriorizada, o que se observa é a conduta culposa (imprudência, imperícia e negligência) incorporada à própria inadimplência. A conduta de inadimplência contratual já traz ínsita a ideia de culpa em sua própria narrativa, ou, como normalmente se afirma, tem-se, no contrato, uma *culpa presumida*. A diligência em senso técnico é essencialmente uma medida de culpa, a qual acaba por se identificar com a noção objetiva de inadimplemento<sup>24</sup>.

Nesse sentido, merece deferência o posicionamento de Castronovo, quando pugna pela suficiência do *inadimplemento*, enquanto critério único e unitário, para fundamentar

<sup>17</sup> São exemplos as hipóteses encontradas nos artigos 667, 696, 712, 723, 866, todos do Código Civil.

<sup>18</sup> Exemplo, no direito brasileiro, encontra-se no art. 629 do Código Civil, em relação à diligência do depositário.

<sup>19</sup> Díez-PICAZO, Luis. Op. cit., v. 2, p. 118-119.

<sup>20</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., v. 4, p. 77.

<sup>21</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 547.

<sup>22</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 291-293.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 291-293.

<sup>24</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 158-159.



a responsabilidade civil contratual, compreendendo eventual elemento subjetivo apenas em sede de excludente do dever de indenizar<sup>25</sup>.

Esse raciocínio fica evidente na lição de Luigi Mengoni, a partir da seguinte colocação: quando o resultado que atrai o interesse primário do credor não é deduzido da obrigação, estando o devedor vinculado apenas a uma atividade idônea a produzir referido escopo, o critério objetivo do resultado final não é suficiente, porque a falta de tal resultado não exclui, por si só, o adimplemento, nesse caso, para decidir se a obrigação está adimplida, é necessário verificar a conduta do devedor, se observou ele o comportamento devido, de exata diligência<sup>26</sup>.

Em relação à responsabilidade contratual, portanto, havendo a lesão da pessoa ou dos bens do contratante, o pressuposto de imputação do dever de indenizar é a figura do inadimplemento do contrato, em que se tem a culpa incorporada.

Nesse ponto, a análise do regime da obrigação de meios deve retornar ao âmbito da discussão destacada por Demogue, que tratou da classificação das figuras obrigacionais incidentalmente à repartição do ônus da prova<sup>27</sup>.

E, no regime da obrigação de meios, a orientação da doutrina é no sentido de atribuir ao credor o ônus da prova dos três pressupostos do dever de indenizar que o sistema de responsabilidade civil contratual comporta: o inadimplemento; o dano patrimonial ou extrapatrimonial; e o nexo causal entre o inadimplemento e o dano.

A obrigação de meios, ensina Rui Stoco, é o tipo obrigacional que aparece em todos os contratos de prestação de serviços de médicos, advogados, publicitários, etc., nos quais a própria atividade do devedor é o objeto do contrato<sup>28</sup>.

A hipótese de obrigatória análise diz respeito àquela previsão do artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a apuração da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais mediante a verificação de culpa, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia<sup>29</sup>.

Um regime que contempla as hipóteses de responsabilidade contratual e extracontratual, mas que não se pode afirmar unitário. A partir de exemplo de serviço médico, Bruno Miragem afirma que, no caso de responsabilidade contratual, é de se admitir a presunção de culpa, bastando à vítima demonstrar a existência do contrato, o dano e o nexo causal com a conduta do profissional, enquanto, na hipótese de responsabilidade extracontratual, necessita em acréscimo demonstrar o dolo, a negligência, a imprudência ou imperícia do médico<sup>30</sup>.

Apesar de se concordar com a duplicidade de regime, afirmar a presunção de culpa na obrigação de meios pode não ser a maneira mais adequada de se compreender a situação, preferindo-se aquela ideia de culpa ínsita à narrativa do inadimplemento contratual, a fim de não se esvaziar a eficácia do artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Seguimos, pois, uma compreensão de que, qualificado o contrato de serviço médico como uma obrigação de meio, caberá ao credor provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato<sup>31</sup>, circunstâncias que representam o conteúdo do inadimplemento obrigacional.

<sup>25</sup> CASTRONOVO, Carlo. Op. cit., p. 450-451.

<sup>26</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 161-162.

<sup>27</sup> DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923. t. 5, p. 537-539.

<sup>28</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 547.

<sup>29</sup> DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENTO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. p. 213.

<sup>30</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016., p. 633.

<sup>31</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 548.

Se a questão da qualidade da execução se coloca (o que ocorre normalmente em matéria de responsabilidade médica), é ao credor que incumbe o ônus da prova: ele deve estabelecer o vício da execução<sup>32</sup>.

No adimplemento da obrigação inerente ao exercício de uma atividade profissional, a diligência deve ser valorada de acordo com a natureza da atividade exercitada, conforme regra geral enunciada pelo artigo 1.176, segunda parte, do Código Civil italiano, cuja importação pode ser realizada sem qualquer óbice<sup>33</sup>.

Ademais, possível conciliar a responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal nas relações de consumo com a regra do artigo do 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, aplicar a inversão do ônus da prova quanto à conduta diligente, tal qual sustenta Sérgio Cavalieri Filho:

*Não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova e favor do consumidor conforme autoriza o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor<sup>34</sup>.*

Portanto, mesmo em sede de relações de consumo, a aferição da ausência de diligência devida pelo profissional liberal será decisiva para a fixação da obrigação de indenizar, sendo possível a inversão do ônus da prova, desde que, alternativamente, se admita verossímil a alegação ou se considere o consumidor como hipossuficiente<sup>35</sup>. Como ressalta André Tunc, o doente deve normalmente provar a culpa do médico, contudo, por que não se pensar que o médico deveria antes provar pelo menos que prestou cuidados<sup>36</sup>?

Na hipótese de inversão do ônus da prova, a inadimplência contratual restará deduzida da ausência do resultado de conservar indene a pessoa ou ao patrimônio do outro contratante, resultado que, apesar de não devido na obrigação de meios, será suficiente ao dever de indenizar enquanto não provado o adimplemento por meio da conduta diligente. Trata-se de hipótese de uma “obrigação de meios reforçada”, conforme qualificação utilizada por Muriel Fabre-Magnan<sup>37</sup>.

Em relação ao dever de segurança, pode ocorrer a atuação negligente ou imprudente de um dos contratantes que coloque em perigo a pessoa ou os bens do outro, mas sem causar qualquer resultado lesivo. Naturalmente, se nenhum dano foi causado, não surgirá a responsabilidade civil, o que não significa a impossibilidade de sanção de outra natureza, em razão da grave violação da diligência<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência, Tradução de Vera Jacob de Fradera. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 755-764, ago. 2000. p. 759.

<sup>33</sup> Art. 1176. *Diligenza nell'adempimento.*

*Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.*

*Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.*

<sup>34</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 438.

<sup>35</sup> ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia, In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 298.

<sup>36</sup> TUNC, André. Op. cit., p. 759.

<sup>37</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, 4. ed. Paris: PUF, 2016. p. 541.

<sup>38</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 154-155, nota.

### 3. Obrigação de resultado

Por uma construção técnico-jurídica, pode-se afirmar que a maioria das obrigações tem por objeto um resultado, ou mais precisamente, são de resultado<sup>39</sup>.

Na obrigação de resultado, a problemática aparenta ser mais linear, pois se considera a inadimplência da prestação pela simples falta de produção do resultado. Certa dose de complexidade, contudo, não tarda a aparecer.

Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um certo resultado e não conseguiu, duas soluções são apontadas pela doutrina: ou haverá culpa presumida ou a responsabilidade objetiva<sup>40</sup>.

Tal ambivalência revela que, no âmbito da obrigação de resultado, existem dois regimes diversos de responsabilidade civil, um subjetivo e um objetivo, ou, segundo qualificação utilizada por Muriel Fabre-Magnan, o regime denominado de “obrigação de resultado atenuada e aquele tradicional de obrigação de resultado”<sup>41</sup>. A diferença repercute nas hipóteses de exclusão de responsabilidade, em especial no que diz respeito à consideração do elemento culpa.

No regime da obrigação de resultado de forma atenuada, acolhe-se a ideia de culpa presumida em caso de não obtenção do resultado, admitindo-se, em certa medida a discussão da culpa para o devedor se exonerar da responsabilidade. Configura uma categoria intermediária entre o regime da falta comprovada (obrigação de meios) e aquela da responsabilidade objetiva (obrigação de resultado tradicional)<sup>42</sup>. Nesse particular, a responsabilidade independentemente de qualquer investigação da diligência empregada pelo devedor é verdade apenas enquanto ele não provar que estava em situação de impossibilidade objetiva de cumprir a obrigação e a atuação desenvolvida preservava a possibilidade da prestação, ou seja, a não realização do resultado devido somente pode ser qualificada como inadimplemento obrigacional se a causa do impedimento for imputável ao devedor<sup>43</sup>.

A atuação desenvolvida de modo a preservar a possibilidade da prestação indica a existência de uma leve diversidade na análise da culpa entre o regime da obrigação de meios e o regime da obrigação de resultado atenuada. Enquanto o adimplemento da primeira passa pela demonstração do comportamento diligente e honesto do devedor, na segunda, considerando o ingresso do resultado final no vínculo, a análise da culpa reside mais na existência ou ausência de atos do devedor que, em uma relação de causalidade, teriam o efeito de impedir a obtenção do resultado.

Enquanto relativa essa presunção, esclarece Claudio Luiz Bueno de Godoy, admite-se prova em contrário, pois toda a discussão do nexo de imputação permanece no campo da culpa, havendo apenas a inversão do ônus probatório<sup>44</sup>.

Nessa modalidade subjetiva de obrigação de resultado, portanto, inverte-se ônus probatório, incumbindo ao devedor demonstrar a existência de uma causa diversa que frustrou o resultado comprometido e afastar a sua culpa, revelando a ausência de defasagem entre o comportamento havido e aquele esperado (devido), assim, o inadimplemento não derivará da simples frustração do desiderato do credor, o que afasta a obrigação objetiva

<sup>39</sup> TUNC, André. Op. cit., p. 756.

<sup>40</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 336.

<sup>41</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. Op. cit., p. 541-542.

<sup>42</sup> Ibid., p. 542.

<sup>43</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 164.

<sup>44</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78.

de indenizar<sup>45</sup>. Considera-se a melhor aptidão do devedor para a prova, pois o credor se depararia, geralmente, diante de uma prova negativa indefinida, dizendo respeito, além disto, à atitude de outrem<sup>46</sup>.

O acidente de serviço causado por profissional liberal, sendo disciplinado pela teoria subjetiva, nos termos do artigo 14, §4º da Lei nº 8.078/1990, observa, na situação de obrigação de resultado, essa incidência da culpa presumida e consequente inversão do ônus da prova<sup>47</sup>.

No regime tradicional de obrigação de resultado, a ausência do efeito útil constitui, por si só, o devedor em mora, sem indagação da diligência empregada pelo contratante, ao qual cabe o ônus da prova de caso fortuito ou força maior para se exonerar de responsabilidade<sup>48</sup>. É a hipótese de responsabilidade objetiva, em que a obrigação de ressarcimento não tem relação causalista fundada na culpa, cuja discussão não se admite para exclusão do dever de indenizar, o critério de imputação decorre exclusivamente da vontade da lei, isto é, a lei opera como critério de imputação ou qualificação causal<sup>49</sup>.

Essa hipótese alcança a responsabilidade civil objetiva fundada na cláusula implícita de incolumidade decorrente do fato da coisa, raciocínio que é válido para a responsabilidade por fato decorrente dos instrumentos, aparelhos, objetos, maquinários, dentre outros, utilizados na execução de uma obrigação contratual. Conforme exemplifica Fábio Konder Comparato, é evidente que os materiais especiais empregados são coisas tangíveis, incorporadas ao resultado objetivo estipulado no contrato; a obrigação na hipótese é de resultado e não simplesmente de meios.

O contratante responde não apenas por sua falta, mas pelo vício da coisa que ele usa para a execução do contrato, que venha a causar danos, mesmo que tal problema não resulte de uma falta de manutenção de seu fato ou quando o vício sequer possa ser detectado. Cumpre ao devedor, nesse regime de obrigação de resultado objetivada, o ônus da prova de caso fortuito ou força maior para se exonerar de responsabilidade.

#### 4. Obrigação de garantia

Na obrigação de garantia, a prestação não consiste numa simples atividade diligente e honesta do devedor em vista de um resultado, nem na efetiva produção de um resultado determinado. Seu conteúdo é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor. Eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização. A não realização do risco representa o adimplemento da prestação pelo devedor, tendo direito à eventual contraprestação pactuada<sup>50</sup>. Concretizado o risco da não verificação do resultado, o devedor, sem possibilidade de invocar a “causa estranha” que tenha tornado a prestação impossível, obriga-se a transmitir determinada quantia pecuniária ao credor da obrigação garantida<sup>51</sup>.

Uma obrigação de garantia assim é ainda mais vinculativa do que uma obrigação de resultado, porque o devedor nem sempre poderá se exonerar sob alegação de força maior<sup>52</sup>.

Isto porque o risco assumido não pode ser qualificado como impossibilidade objetiva da prestação (caso fortuito ou força maior) para eximir o devedor de sua prestação,

<sup>45</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 292.

<sup>46</sup> TUNC, André. Op. cit., p. 757.

<sup>47</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 287-302.

<sup>48</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., v. 4, p. 77-78.

<sup>49</sup> COMPORATI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli: Morano, 1965. p. 136-137.

<sup>50</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., v. 4, p. 76.

<sup>51</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 300.

<sup>52</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. Op. cit., p. 542.

afinal, o conteúdo deste tipo de obrigação é a eliminação de um risco que, por definição, é um evento de realização fortuita, independente, portanto, da vontade do devedor<sup>53</sup>.

O garante, contudo, não assume a totalidade dos riscos relativos à frustração das expectativas do outro contratante, mas apenas daqueles que resultarem da verificação dos eventos abrangidos pelo acordo, ou seja, não será correto afirmar que o garante assume os riscos por todos os “acazos atípicos”<sup>54</sup>.

A obrigação de garantia propriamente dita reside, pois, em um fato objetivo com subtração, no todo ou em parte, do poder de controle e da influência do devedor para a ocorrência do dano<sup>55</sup>. Assim, a responsabilidade do fornecedor pelo fortuito interno, como, por exemplo, na ocorrência de fraude contra o sistema bancário, não é afetada pela possibilidade ou não de o devedor evitar o fato que desencadeia o evento danoso. Não se discute a impossibilidade física da obrigação de se evitar o dano, uma vez que a situação é distinta da responsabilidade por atos próprios do causador do dano, não obstante tais lesões estarem compreendidas dentro do risco coberto.

Observa-se, portanto, a extensão da responsabilidade do contratante para alcançar situações além daquelas decorrentes do comportamento do devedor, compreendidas entre o termo final da diligência e uma nova fronteira traçada para as hipóteses de força maior ou caso fortuito (impossibilidade objetiva da prestação). Uma área na qual se nega eficácia liberatória à impotência do devedor quanto à não obtenção do resultado final de interesse do credor, no que diz respeito aos eventos que, em uma relação de causalidade, decorram da ação de terceiro ou de fato da natureza. Uma responsabilidade que prescinde da culpa, portanto de caráter objetivo, fundada na garantia; um resultado garantido que, por definição, é um resultado não devido, pois não decorre de obrigação, mas de uma condição<sup>56</sup>.

Não se materializando nenhum dos riscos assumidos pelo garante, a recusa da prestação será lícita, razão pela qual há que se delimitar quais as espécies de riscos que o garante assumirá, o que só pode ser feito no caso concreto, perante cada contrato de garantia<sup>57</sup>.

O acréscimo da garantia à obrigação de resultado intensifica a figura da responsabilidade pelo risco, em que o dano indenizável tanto pode provir de fato praticado pela pessoa do responsável, como de fato praticado por terceiro, de fatos naturais ou até de fatos do próprio lesado. Diverge, assim, da responsabilidade baseada em fatos ilícitos, que se assenta sempre, no todo ou em parte, sobre um fato da pessoa obrigada a indenizar<sup>58</sup>.

Por conta disso, parte da doutrina considera a obrigação de garantia uma subespécie de obrigação de resultado, fala-se assim de um fim de garantia. O devedor não apenas se compromete, mas garante o cumprimento<sup>59</sup>.

Em se tratando de responsabilidade por risco, a imputação é mais intensa, primeiro, a partir do ponto de vista social a respeito de uma determinada esfera de riscos e, segundo, a fim de se distribuir o risco de dano relativo a uma determinada atividade segundo

<sup>53</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., v. 4, p. 78.

<sup>54</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 301.

<sup>55</sup> BETTI, Emilio. Op. cit., v. 2, p. 83.

<sup>56</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 199, nota.

<sup>57</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 301.

<sup>58</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Op. cit., v. 1, p. 527.

<sup>59</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 300-301.

os padrões ou medidas, não de imputabilidade e de culpa, senão da assunção dos riscos a quem o cria ou domina<sup>60</sup>.

O principal critério de aplicação da obrigação de garantia é o risco. Marco Comporti esclarece que a teoria do risco surgiu a partir dos estudos do jurista austríaco Unger, que propôs a máxima “Eigene Initiative, eigene Gefahr”, ou seja, quem age a próprio risco deve suportar a consequência da própria atividade, critério de imputação que foi imediatamente acolhida nos sistemas germânico, francês, italiano e anglo-saxão<sup>61</sup>.

De fato, a ideia não é diferente daquela apresentada por Josserand quando destaca que “quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as consequências, abstração feita de qualquer falta cometida”<sup>62</sup>. Essa, pois, é a síntese desse regime de responsabilidade civil, de natureza objetiva e fundada no critério risco.

No âmbito da teoria do risco, é possível a distinção de dois perfis. Um primeiro é aquele denominado risco-proveito, em que se fundamenta a responsabilidade objetiva em contrapartida da utilidade ou do proveito daquele que exercita uma determinada atividade e o risco criado. O outro decorre da figura do risco criado, cuja premissa não diz respeito apenas ao interesse econômico, mas coloca em evidência para justificar a responsabilidade objetiva qualquer atividade do sujeito que tenha a possibilidade de criar um risco a outrem, ou seja, tem em conta apenas o perigo<sup>63</sup>. Se o risco proveito fundamenta a responsabilidade objetiva da empresa, o risco criado não afasta a responsabilidade das atividades sem finalidade lucrativa.

No que concerne ao dever de segurança, essa responsabilidade objetiva por riscos formada em uma obrigação de garantia é a regra geral aplicável aos acidentes de consumo por fato do produto ou serviço, nos termos dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

De se recordar que, nesse regime, o critério de imputação da responsabilidade civil é representado pela noção de produto ou serviço defeituoso, o qual evidencia a ausência do resultado de conservar indene a pessoa e os bens do consumidor, a partir da concretização de um risco contra o qual o consumidor tinha uma legítima expectativa de estar seguro, protegido. Havendo um acidente relativo a um risco contemplado pela garantia, nasce o direito à indenização do correlato dano.

A proteção da segurança visa à preservação da integridade física, em que pese os danos indenizáveis não se restrinjam à ofensa corporal, podendo decorrer do agravo físico, ofensa à própria integridade moral.

Essa ideia de garantia é própria do contrato de seguro<sup>64</sup>, cujos riscos assegurados são expressamente previstos de forma específica pelas próprias partes. Na relação contratual de consumo, o raciocínio é diverso, pois a extensão da garantia quanto aos riscos não decorre de manifestação de vontade das partes, integra o contrato em virtude e nos termos da lei. Observa-se uma cláusula de garantia aberta, que, de modo genérico, contempla os riscos contra os quais o consumidor tinha uma legítima expectativa de estar seguro (arts. 12, §1º, II e 14, §1º, II, CDC).

Não se cuida, ademais, de risco integral, conforme esclarece Claudio Luiz Bueno de Godoy, “tem-se hipótese de risco mitigado, em que a causalidade se qualifica por elemento específico

<sup>60</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. 2, p. 665.

<sup>61</sup> COMPORTI, Marco. Op. cit., p. 148.

<sup>62</sup> JOSSE RAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 86, p. 548-559, jun. 1941. (Tradução de Raul Lima)

<sup>63</sup> COMPORTI, Marco. Op. cit., p. 167.

<sup>64</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 300.



que integra o nexo de imputação, qual seja o defeito que se exige seja identificado no produto ou no serviço”. O dever jurídico que se contrapõe a esse risco é o dever de segurança<sup>65</sup>.

O conceito jurídico indeterminado que categoriza a expressão *segurança legitimamente esperada* encontra maior objetivação no regime geral de periculosidade vigente no âmbito específico das relações de consumo, que revela os critérios para aferição dos produtos ou serviços com potencial de causar danos corporais aos consumidores. A previsão normativa específica está nos artigos 8º, 9º e 10 do CDC.

De se destacar que tal responsabilidade transcende as limitações decorrentes da distinção entre os regimes contratual e delitual de indenização, a fim de favorecer a reparação dos danos decorrentes de produtos ou serviços<sup>66</sup>. A reduzida importância do vínculo contratual decorre das características próprias do produto, cujo uso naturalmente ocorre para além da esfera de controle do empreendedor, ou seja, o dano se provoca já quando a coisa não mais está sob o controle direto daquele<sup>67</sup>. Assim, aquele a quem se imputa a responsabilidade pela garantia nem sempre ostentará vínculo contratual com o lesado, ocorrendo o fenômeno que Patrice Jourdain denomina de desconstratualização do dever de segurança<sup>68</sup>. Por outro lado, pode ocorrer a ausência de responsabilidade de quem ostenta vínculo contratual, como é o caso do comerciante em relação ao fato do produto, se não verificadas as hipóteses do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor.

A desconstratualização, ainda, permite a proteção de todas as vítimas do evento danoso e não somente dos contratantes, *ex vi* artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor. Um regime unitário de responsabilidade civil, em que reduzido o papel da natureza do vínculo negocial para efeito de indenização<sup>69</sup>. O interesse protetivo contratual, cujo fundamento de distinção decorre da intensidade do perigo que o simples contato fundado no vínculo negocial enseja às esferas jurídicas envolvidas, é absorvido pelo dever de segurança nas relações de consumo, que compreende não somente aquelas derivadas de vínculo contratual, mas todas as outras relações jurídicas que o perigo dos produtos ou serviços colocados no mercado origina. Havendo fundamento legal, não há necessidade de se invocar a teoria do contrato com eficácia de proteção de terceiro, como sucedâneo da boa-fé objetiva, que a doutrina sustenta para fundamentar a responsabilidade civil do contratante quando a vítima da atividade contratual não integra o vínculo negocial<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90-91.

<sup>66</sup> SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha; VINCELLES, Carole Aubert de; BRUNAUX, Geoffray; USUNIER, Laurence. *Les contrats de consommation règles communes: les contrats de consommation règles communes*. Paris: LGDJ, 2013. p. 650. (Sous-collection: Traité de droit civil – sous la direction de J. Ghestin).

<sup>67</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade Civil pelo risco da atividade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100.

<sup>68</sup> JOURDAIN, Patrice. Le fondement de l’obligation de sécurité. *Gazette du Palais*, n. 264/266, 21 au 23 septembre, 1997.

<sup>69</sup> Reduz mas não elimina, considerando distinções que a jurisprudência reconhece, por exemplo, em relação ao prazo prescricional, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: “Nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos.” (EREsp 1280825/RJ; Embargos de Divergência em Recurso Especial 2011/0190397-7; Relatora Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 27/06/2018. Data da Publicação/Fonte: DJe 02/08/2018).

<sup>70</sup> Nessa situação, em que se fundamenta o dever de segurança de terceiro na boa-fé, o terceiro é tutelado nos mesmos moldes daquela obrigação que pesa sob uma parte do contrato em confronto com a outra, vez que a fonte legal esvazia a importância da origem do vínculo, seja de contrato seja de outra fonte. Também não se discute a exigência de uma posição especial do terceiro, na qual, por exemplo, estão os familiares e os empregados do contratante, que, segundo a teoria do contrato com eficácia de proteção de terceiro, ostentam algum tipo de vínculo com a relação jurídica ou com uma das partes, justificando essa proximidade qualificada ao comportamento danoso a mesma proteção mais intensa própria dos contratantes. (CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*. *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, Milano, ano 23, n. 1/2, p. 123-179, 1976). De se destacar que a consciência da autonomia do interesse de proteção foi o que possibilitou um alargamento quanto aos seus sujeitos ativos ou passivos, de modo a alcançar certos terceiros em atenção à sua exposição (fática ou típica) aos riscos de danos pessoais ou patrimoniais advindas da execução de um determinado contrato, os quais o devedor deve prevenir. Admitiu, então, a possibilidade de se tutelar o terceiro, em razão da proximidade deste da esfera de uma das partes. O contrato com eficácia de proteção para terceiros foi expressão deste desenvolvimento. Nesse sentido,



Alguma dificuldade vai ser enfrentada pela jurisprudência para definir a extensão do dever de segurança do fornecedor, ou seja, o que se considera defeito do produto ou serviço, havendo o entendimento de que ele será determinado de acordo com as circunstâncias de fato relacionadas à atividade de fornecimento de bens e serviços<sup>71</sup>.

O dano pode provir, em primeiro lugar, de fato praticado pelo próprio fornecedor, ou seus prepostos, como também decorrer diretamente do produto entregue ou dos equipamentos, aparelhos, objetos ou qualquer tipo de instrumento utilizado na prestação obrigacional. Nessa hipótese, exigível tão somente a aplicação linear do critério fundamental: aquele que por seu comportamento cria um risco deve suportar as consequências de sua realização<sup>72</sup>, regra aplicável a riscos criados por uma atividade e àqueles criados por coisas perigosas<sup>73</sup>. São riscos vinculados diretamente ao fornecedor, em relação aos quais responde objetivamente, sem indagação da culpa.

Existem, ainda, os riscos decorrentes de fato de terceiros ou de eventos naturais, relacionados às circunstâncias vinculadas à esfera do fornecedor ou à atividade em si mesma<sup>74</sup>. São as circunstâncias qualificadas de fortuito interno, aquelas ligadas aos riscos do empreendimento<sup>75</sup>.

Em tese, são circunstâncias em que não haveria a necessidade de se discutir o dever ou a possibilidade de o devedor impedir o implemento da causa ou a ocorrência do resultado danoso, contudo, não se ignora que em certas situações tem sido negada a hipótese de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço à subsunção ao referido regime de responsabilidade civil objetiva<sup>76</sup>. Interessante observar o exemplo da atividade

a posição de Luciano de Camargo Penteado. (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006. p. 135-143.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>72</sup> TUNC, André. *La responsabilité civile*. Paris: Economica, 1981. p. 150.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 150-151.

<sup>74</sup> Conforme ensina João Baptista Machado, quando o plano contratual venha a falhar por contingência que atinja a prestação (em si ou no seu objeto), temos um risco de prestação, que é risco do devedor. No risco de prestação são abrangidos: o agravamento do custo ou das dificuldades da prestação; a perda do direito à contraprestação; a perda dos dispêndios e esforços feitos com vista à prestação, quando esta se torne impossível. Na noção de agravamento dos custos ou dificuldades da prestação, são alcançados: o risco de deterioração do objeto da prestação; o risco do desperdício do valor-utilidade ou do rendimento da prestação, ou ainda de desperdício (desaproveitamento) de uma capacidade de prestar vinculada, por efeito do simples decurso do tempo. (MACHADO, João Baptista. *Obra dispersa: risco contratual e mora do credor. Scientia Iuridica*, Braga, v. 1, p. 272, 1991).

<sup>75</sup> São vários os julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito: Responsabilidade civil e consumidor. Crime de roubo. Emprego de arma de fogo. Drive-thru de lanchonete. Fortuito interno. (REsp 1.450.434-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 09/11/2018); A ocorrência de fraudes e delitos contra o sistema bancário dos quais resultem danos a correntistas insere-se na categoria doutrinária de fortuito interno, pois faz parte do próprio risco do empreendimento, atraindo, portanto, a responsabilidade objetiva da instituição bancária (REsp 1.093.440-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/4/2013); No mesmo sentido, a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. A culpa de terceiro não é apta a romper o nexo causal quando se mostra conexa à atividade econômica e aos riscos inerentes à sua exploração, caracterizando fortuito interno. Por envolver, necessariamente, uma grande aglomeração de pessoas em um mesmo espaço físico, aliados à baixa qualidade do serviço prestado, incluído a pouca quantidade de vagões ou ônibus postos à disposição do público, a prestação do serviço de transporte de passageiros vem propiciando a ocorrência de eventos de assédio sexual. Em outros termos, mais que um simples cenário ou ocasião, o transporte público tem concorrido para a causa dos eventos de assédio sexual. Em tal contexto, a ocorrência desses fatos acaba sendo arrastada para o bojo da prestação do serviço de transporte público, tornando-se assim mais um risco da atividade, da qual todos os passageiros, mas especialmente as mulheres, tornam-se vítimas. Conclui-se que, se a ocorrência do assédio sexual guardar conexão com os serviços prestados pela concessionária e, tratando-se de fortuito interno, a transportadora de passageiros permanece objetivamente responsável pelos danos causados (REsp 1.662.551-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria, julgado em 15/05/2018, DJe 25/06/2018).

<sup>76</sup> Em havendo a garantia, em tese, mostra-se irrelevante a discussão observada na doutrina italiana, que faz distinção entre *sinistri a causa* e *sinistri in occasione*, a fim de aplicar regra diversa da prova liberatória do transportador. A hipótese de *sinistri a causa* compreenderia o dano causado por fato proveniente do transportador, seus prepostos ou por força do meio empregado para a execução do transporte, na qual o nexo causal com a execução do contrato resulta *in re ipsa*, dificultando a prova liberatória da responsabilidade Civil. Em se tratando de *sinistri in occasione*, o dano está ligado a um fato da própria vítima, ou de um terceiro ou de algo estranho ao transportador, situação em que se acolhe um regime mais favorável ao fornecedor, admitindo-se como prova liberatória a demonstração que adotou toda a cautela necessária para evitar o dano. (SCARDIGLI, Massimo. *Sinistri a causa e sinistri in occasione del trasporto di persone. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano 17, p. 1727-1735, 1963).

de prestação de serviço educacional, em que um evento idêntico ou semelhante: ora tem sido considerada uma situação de responsabilidade objetiva<sup>77</sup>, ora tem sido imputada responsabilidade em razão de culpa presumida<sup>78</sup>, ora exigida a culpa provada como pressuposto da responsabilidade do fornecedor<sup>79</sup>.

No que diz respeito ao contato negocial direto, por exemplo, acolhe-se uma concepção ampla de serviço que alcança todo o ambiente espacial, seja do comerciante, seja do prestador de serviço. A atividade empresarial pode ser organizada em um espaço físico de estabelecimento comercial, como um supermercado, uma loja, um consultório, um hospital, etc., ou ainda em um ambiente virtual, como um sítio eletrônico, um aplicativo, etc. Em qualquer um deles, o contratante deve organizar o cumprimento de sua prestação de modo idôneo a não causar perigo de dano<sup>80</sup>. Observa-se, pois, a responsabilidade pelo espaço e quem tem a vantagem do lugar deve assumir os deveres que daí decorram<sup>81</sup>, contexto em que estão inseridos os hotéis, as escolas, os estabelecimentos comerciais e bancários, shopping centers, os veículos de transportes, etc.

De todo modo, a corrente natural é a ampliação das figuras que ingressam na esfera de responsabilidade do fornecedor por risco ao consumidor, a partir de um critério de previsibilidade ou de constância de ocorrência de certas situações que passam a acompanhar a atividade e, por conseguinte, ensejam a imputação do dever de indenizar ao fornecedor.

<sup>77</sup> Entendendo pela responsabilidade objetiva: (1) RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. QUEDA DE CRIANÇA EM BRINQUEDO. FRATURA DO BRAÇO. A instituição de ensino tem a obrigação de manter a incolumidade de seus estudantes. Isso porque tem a guarda das crianças, que estão sob sua autoridade. Assim, por qualquer ato do aluno, no ambiente escolar, responde a instituição. Neste sentido dispõe o art. 932, inc. IV, do Código Civil. Ainda que estivesse a autora amparada por educadora próximo ao brinquedo onde ocorreu o acidente, restou bem caracterizado o defeito do serviço, que não ofereceu a segurança esperada, visto que sofreu a autora, criança de tenra idade, grave acidente, que demandou a realização de cirurgia para recuperação. Por este defeito, responde objetivamente a ré, nos termos do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. Apelação 0022840-84.2011.8.26.0562. Relator: Carlos Alberto Garbi. Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 07/04/2015. Data de publicação: 09/04/2015. Data de registro: 09/04/2015. (2) RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização por danos materiais e morais decorrentes do óbito do filho menor enquanto nas dependências de escola de educação infantil – Responsabilidade objetiva, nos termos dos arts. 932 e 933 do CC. Apelação 9132338-38.2007.8.26.0000. Relator: Windor Santos. Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 24/08/2010. Data de registro: 08/10/2010.

<sup>78</sup> Admitindo a hipótese de responsabilidade com culpa presumida: RESPONSABILIDADE CIVIL – Instituição de ensino – Agressão de aluna dentro da escola, durante o período de aulas – Dano moral verificado – Presunção de culpa – Valor da indenização mantido – Danos materiais devidos – Existência demonstrada no curso da instrução – Recurso da autora parcialmente provido, desprovido o da ré. Apelação 9087910-44.2002.8.26.0000. Relator: Luiz Antonio de Godoy. Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data de registro: 30/09/2005.

<sup>79</sup> Posicionamentos em que se considera o elemento culpa como pressuposto do dever de indenizar, tal qual obrigação de meios: (1) Responsabilidade do estabelecimento de ensino (escola infantil). O dever de vigilância decorrente de contrato cria uma obrigação de meios e não de resultados. Criança machucada por chute desferido por colega, portador de síndrome de Down, durante atividade esportiva ou de recreação. Ação indenizatória rejeitada. Evento previsível (e inevitável) que poderia ser praticado por todo e qualquer aluno, o que é natural durante disputas esportivas. Inexigibilidade de práticas preventivas ou de vigilância específica capaz de evitar choques, atritos e embates entre crianças que participam de jogos. Apelação 1005058-58.2014.8.26.0007. Relator: Enio Zuliani. Órgão julgador: 28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 26/07/2017. Data de publicação: 01/08/2017. Data de registro: 01/08/2017. (2) Interposição contra sentença que julgou improcedente ação de indenização por danos morais e materiais. Prestação de serviços. Acidente ocorrido em sala de aula. Ação imediata praticada por criança contra seu colega de sala, que não havia como ser evitada pela professora. Ausência de negligência da escola em relação ao seu dever de vigilância e cuidado. Conduta ilícita não verificada. Dano moral não configurado. Indenização indevida. Sentença mantida. Apelação 0013805-54.2013.8.26.0005. Relator: Mario A. Silveira. Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 05/09/2016. Data de publicação: 06/10/2016. Data de registro: 06/10/2016. (3) RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Acidente sofrido por criança na área de lazer da escola. Queda do escorregador a acarretar hematoma no olho direito e pequeno arranhão na face. Prestação imediata dos primeiros socorros pela auxiliar de enfermagem do estabelecimento. Falta de informação e negligência das assistentes confrontadas pelas provas produzidas na instrução. Fato incontroverso. Inexistência de prejuízo ou dor moral a ensejar reparação. Ausência de prova da suposta culpa da demandada pelo acidente. Dano moral não configurado. Improcedência da ação corretamente decretada. Sentença mantida. Apelo improvido. Apelação 0054827-40.2008.8.26.0564. Relator: Luiz Ambrá. Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 29/05/2013. Data de publicação: 10/06/2013. Data de registro: 10/06/2013.

<sup>80</sup> LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*. Padova: CEDAM, 2007. p. 153.

<sup>81</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. Op. cit., p. 375

Assim, um perigo, antes desconhecido, a partir do momento em que se torna previsível, pode começar a fazer parte do risco de determinada atividade, situação em que deve ser enfrentado sob o fundamento do princípio da prevenção.

Recorda-se da lição de André Rodrigues Corrêa, quando da análise do problema da violência urbana e seus efeitos em relação ao transporte de ônibus na cidade do Rio de Janeiro, segundo o qual “*interessa identificar se o evento lesivo em questão possui uma ocorrência quantitativa relevante, isto é, se é um fenômeno recorrente na sociedade, se corresponde a um risco com probabilidade significativa de ocorrência*”<sup>82</sup>. A partir disso, possível discutir em específicos contratos a assunção do risco pelo fornecedor em decorrência da prática de fato de terceiro, tais como violência sexual<sup>83</sup> e roubo<sup>84,85,86</sup>.

De se observar que, constatado o dano, recai sobre o fornecedor a prova liberatória da responsabilidade civil, cumprindo-lhe, pois, demonstrar alguma excludente.

A cláusula de garantia, que contempla os riscos contra os quais o consumidor tem uma legítima expectativa de estar seguro, é aberta, mas não ilimitada, estabelecendo a própria lei as situações em que não haverá responsabilidade do fornecedor (arts. 12, §3º, e 14, §3º, II, CDC), com destaque para o fato de terceiro, desde que

<sup>82</sup> CORREA, André Rodrigues. Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso? In: COSTA, Judith Martins (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 341-384.

<sup>83</sup> É oscilante a jurisprudência a respeito de assédio sexual praticado no interior de veículo de transporte, o que se exemplifica por meio da citação de dois julgados: Responsabilidade civil – Transporte ferroviário – Assédio Sexual – Fato doloso de terceiro. O fato doloso de terceiro, consistente em assédio sexual contra passageira de transporte ferroviário de pessoas, caracteriza fortuito externo, excluindo a responsabilidade do transportador. Ação improcedente. Recurso não provido. (Apelação 1130956-25.2016.8.26.0100. Relator Des. Itamar Gaino. Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 07/05/2018. Data de publicação: 22/06/2018. Data de registro: 22/06/2018). Apelação – Ação de indenização – Contrato de transporte coletivo de passageiros – Metrô – Ato libidinoso praticado por terceiro, no interior do vagão, contra passageira – Sentença de rejeição do pedido – Irresignação procedente – Hipótese em que a responsabilidade do transportador é objetiva, nos termos do art. 734 do CC e do art. 14 do CDC – Ato do terceiro que, no caso, não tem o condão de afastar a responsabilidade da ré, por não demonstrado por esta última a adoção das providências que razoavelmente se espera para evitar ou desencorajar a verificação de lamentáveis episódios como o tratado nestes autos, cada vez mais frequentes – Cenário diante do qual é de se esperar, no mínimo, a implantação de um sistema ostensivo de captação e gravação de imagens no interior dos vagões, afora campanhas educativas, como as adotadas em outros países – Dano moral sem sombra de dúvida caracterizado – Indenização que se arbitra na importância de R\$ 7.000,00, sobretudo à luz da técnica do desestímulo – Sentença reformada, com a proclamação da procedência da demanda. Dispositivo: Deram provimento à apelação. (Apelação 1088066-37.2017.8.26.0100. Relator Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli. Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 07/05/2018. Data de publicação: 15/05/2018. Data de registro: 15/05/2018).

<sup>84</sup> Em contrato de transporte, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de considerar o roubo hipótese de caso fortuito ou de força maior. Nesse sentido, o seguinte julgado: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ASSALTO DENTRO DE ÔNIBUS. CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TRANSPORTADORA. INEXISTÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ. 1. Assalto dentro de ônibus coletivo é considerado caso fortuito ou de força maior que afasta a responsabilidade da empresa transportadora por danos eventualmente causados a passageiro. Jurisprudência consolidada do STJ. 2. Cabível, de plano, o julgamento de reclamação em que o julgamento do Juizado Especial não está de acordo com decisão proferida em reclamação anterior de conteúdo equivalente. Art. 1º, § 2º, da Resolução n. 12/2009 do STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg na Rcl 12695/RJ; Agravo Regimental na Reclamação 2013/0160738-4. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 12/06/2013. Data da Publicação/Fonte: DJe 17/06/2013). Diante de situações excepcionais, entretanto, tem se afastado referida qualificação, incluindo-se eventual roubo no risco do fornecedor. Nesse sentido, os seguintes julgados: “[...] a matéria versada nos autos diz respeito à ocorrência de assalto à mão armada ocorrido no interior de ônibus de passageiro. Todavia, o acórdão proferido pelo Tribunal de origem afastou, por falta de provas, a ocorrência de caso fortuito ou força maior, uma vez que era de notório conhecimento público e, principalmente, da agravante, os frequentes assaltos a ônibus no local onde se deram os fatos. Ademais, além de reconhecer que houve negligência da empresa em pôr em prática as medidas de segurança que estavam a seu alcance, o Tribunal a quo concluiu que houve responsabilidade objetiva da agravante”. EDcl no AREsp 319298/BA; Embargos de Declaração no Agrado em Recurso Especial 2013/0085881-8. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 14/04/2015. Data da Publicação/Fonte: DJe 20/04/2015. RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte coletivo. Assalto. Responsabilidade da empresa transportadora. O assalto a cobrador de ônibus não é fato imprevisível nem alheio ao transporte coletivo, em zona de frequentes roubos, razão pela qual não vulnera a lei a decisão que impõe à empresa a prova da excludente da responsabilidade pela morte de um passageiro. Precedente desta Quarta Turma (REsp nº 50.129/RJ, rel. Ministro Torquato de Alencar). (REsp 175794/SP. Recurso Especial 1998/0039195-9. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 05/11/1998. Data da Publicação/Fonte: DJ 21/02/2000. p. 130).

não configure o fortuito interno, ou seja, relacionado ao risco da própria atividade, conforme acima apontado.

Questiona-se a ausência das hipóteses de força maior e caso fortuito no dispositivo legal e se, por conta dessa omissão, a garantia incluiria os riscos decorrentes dessas situações. Predomina, entretanto, no ordenamento brasileiro o entendimento de que a força maior e o caso fortuito quebram o nexo de causalidade e, assim, afastam a responsabilidade do fornecedor independente da previsão legal<sup>87</sup>.

No que diz respeito ao conceito dos institutos, o parágrafo único do artigo 393 do Código Civil optou expressamente pela equiparação dos dois institutos, em que pese haver na doutrina profundo debate acerca das diferenças das duas figuras<sup>88</sup>. De se fazer menção à lição de Arnaldo Medeiros da Fonseca, o qual enfatiza a importância

<sup>85</sup> Em supermercado, observa-se o seguinte entendimento: Responsabilidade civil. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Assalto à mão armada iniciado dentro de estacionamento coberto de hipermercado. Tentativa de estupro. Morte da vítima ocorrida fora do estabelecimento, em ato contínuo. Relação de consumo. Fato do serviço. Força maior. Hipermercado e shopping center. Prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor. Atividade inerente ao negócio. Exclutiva afastada. Danos materiais. Julgamento além do pedido. Danos morais. Valor razoável. Fixação em salários-mínimos. Inadmissibilidade. Morte da genitora. Filhos. Termo final da pensão por danos materiais. Vinte e quatro anos. – A prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida pelo hipermercado e pelo shopping center, porquanto a principal diferença existente entre estes estabelecimentos e os centros comerciais tradicionais reside justamente na criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins, capaz de induzir e conduzir o consumidor a tais praças privilegiadas, de forma a incrementar o volume de vendas. – Por ser a prestação de segurança e o risco insitos à atividade dos hipermercados e shoppings centers, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou à integridade física do consumidor não admite a exclutiva de força maior derivada de assalto à mão armada ou qualquer outro meio irresistível de violência. (REsp 419059/SP; RECURSO ESPECIAL 2002/0021402-6, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 19/10/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 29/11/2004, p. 315, RSTJ, vol. 188, p. 339).

<sup>86</sup> No contexto da atividade de restaurante, o roubo ocorrido na área do estacionamento não tem sido considerado risco ligado ao empreendimento: DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. O restaurante que ofereça serviço de manobrista (*valet parking*) prestado em via pública não poderá ser civilmente responsabilizado na hipótese de roubo de veículo de cliente deixado sob sua responsabilidade, caso não tenha concorrido para o evento danoso. O roubo, embora previsível, é inevitável, caracterizando, nessa hipótese, fato de terceiro apto a romper o nexo de causalidade entre o dano (perda patrimonial) e o serviço prestado. Ressalte-se que, na situação em análise, inexistiu exploração de estacionamento cercado com grades, mas simples comodidade posta à disposição do cliente. É certo que a diligência na guarda da coisa está incluída nesse serviço. Entretanto, as exigências de garantia da segurança física e patrimonial do consumidor são menos contundentes do que aquelas atinentes aos estacionamentos de shopping centers e hipermercados, pois, diferentemente destes casos, trata-se de serviço prestado na via pública. (REsp 1.321.739-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 5/9/2013. Informativo nº 0530. Período: 20 de novembro de 2013. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça). Mas no espaço do serviço de *Drive-Thru*, tal fato de terceiro integra o risco do fornecedor: Responsabilidade civil e consumidor. Crime de roubo. Emprego de arma de fogo. *Drive-thru* de lanchonete. Fortuito interno. Súmula n. 130/STJ. Aplicabilidade. A lanchonete responde pela reparação de danos sofridos pelo consumidor que foi vítima de crime ocorrido no *drive-thru* do estabelecimento comercial. Inicialmente cumpre salientar que a rede de restaurantes, ao disponibilizar o serviço de *drive-thru* aos seus clientes, acabou atraindo para si a obrigação de indenizá-los por eventuais danos causados, não havendo falar em rompimento do nexo causal. Isso porque, assim como ocorre nos assaltos em estacionamentos, a rede de restaurantes, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assumiu o dever implícito em qualquer relação contratual de lealdade e segurança, como incidência concreta do princípio da confiança. Nesse contexto, a responsabilidade em questão se assemelha muito àquelas situações dos empreendimentos comerciais, como shoppings e hipermercados, que colocam o estacionamento à disponibilização de sua freguesia, respondendo pelos danos sofridos nesse local (inteligência da Súmula n. 130 do STJ). O enunciado da súmula tem a seguinte redação: “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento”. Equivale a dizer: é a incidência dos princípios gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato na compreensão da responsabilidade civil dos estabelecimentos comerciais, incumbindo ao fornecedor do serviço e responsável pelo local de atendimento o dever de proteger a pessoa e os bens do consumidor. Além disso, ao estender sua atividade para a modalidade *drive-thru*, a rede de restaurantes buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar seus ganhos e proventos, já que, por meio do novo serviço, ampliou o acesso aos produtos e serviços de *fast food*, facilitando a compra e venda, aumentando o fluxo de clientes e de suas receitas, perfazendo diferencial competitivo a atrair e fidelizar ainda mais a sua clientela. De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a forma de venda pelo *drive-thru* ao empreendimento, acabou por incrementar, de alguma forma, o risco à sua atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetuar o consumo de seus produtos de dentro do veículo, em área contígua ao estabelecimento, deixando-os, por outro lado, mais expostos e vulneráveis a intercorrências. (Processo REsp 1.450.434-SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 18/09/2018, DJe 09/11/2018. Informativo nº 0637. Publicação: 7 de dezembro de 2018. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça).

da inevitabilidade, em detrimento da imprevisibilidade, como principal elemento dos dois institutos<sup>89</sup>.

## 5. Observações finais

O dever de indenizar representa, pois, a reação estabelecida pelo ordenamento jurídico às ofensas dos interesses dignos de proteção, por meio de medida de repercussão obrigacional<sup>90</sup>. Em outras palavras, segundo a pragmática da responsabilidade civil, significa estabelecer aquele que em definitivo deve suportar o dano.

Quando se estuda a responsabilidade civil em sua função primária, percebe-se como o modo de se imputar os custos dos acidentes são virtualmente ilimitados<sup>91</sup>. De se destacar os critérios cujos elementos apresentam maior ressonância e sejam de indiscutível sugestão para restringir tal universo<sup>92</sup>, contexto no qual se enquadram dois critérios, enquanto pontos focais de discussão doutrinária com força de prospectar a divisão da matéria em duas grandes áreas ou troncos<sup>93</sup>, cada qual representando um distinto regime jurídico de indenização: a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

No âmbito da responsabilidade civil por fato do produto ou serviço, a regra geral é aquele critério objetivo, no qual pode ser compreendido o regime da obrigação de garantia e o regime da obrigação tradicional de resultado.

Nesse contexto de responsabilidade objetiva, risco<sup>94</sup> e garantia<sup>95</sup> são noções delineadas como pressupostos de aplicação. A maior parte das hipóteses encontra seu fundamento e limites qualificantes na teoria do risco, segundo a qual quem com sua atividade cria as condições de um risco, deve suportar suas consequências<sup>96</sup>.

Exceção à regra encontra-se no artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, que determina a aplicação do critério subjetivo para apuração da responsabilidade civil aos acidentes de consumo decorrentes de fato do serviço de profissional liberal. Nessa órbita, são duas as possibilidades de qualificação jurídica do dever de segurança: obrigação de meios (i) e obrigação de resultado atenuada (ii).

De se lembrar que toda prestação, enquanto objeto da obrigação, nunca é uma entidade ou um fenômeno abstrato, mas sempre aparece como causa de realização de propósitos e interesses de tipo empírico ou prático<sup>97</sup>, ou seja, a obrigação, ainda que de meios, irá representar um comportamento idôneo a dar início a um processo de alteração

<sup>87</sup> CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. Nas relações de consumo, a ocorrência de força maior ou de caso fortuito exclui a responsabilidade do fornecedor de serviços. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 996833/SP; RECURSO ESPECIAL 2007/0241087-1. Relator Ministro Ari Pargendler. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 04/12/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 01/02/2008, p. 1).

<sup>88</sup> A respeito ver trabalho de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316-322).

<sup>89</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. 147.

<sup>90</sup> LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. Paris: Dalloz, 1928. p. 2.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>92</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>94</sup> Nesse sentido, Renato Scognamiglio (*op. cit.*); Pietro Trimarchi (*La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017. p. 275-276); LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960).

<sup>95</sup> STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947.

<sup>96</sup> Afasta-se a teoria que identifica as noções de responsabilidade civil e de culpa, por meio do método artificioso da presunção absoluta de culpa que não comporta prova liberatória. (SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 45).

<sup>97</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. cit.*, v. 2, p. 271.



ou conservação da realidade<sup>98</sup>. O credor contrata para obter um certo resultado, e não com o desejo de impor uma diligência ao seu devedor<sup>99</sup>.

Toda ação humana, portanto, é uma ação final; a prestação engloba sempre seu próprio fim, apenas por análise abstrata pode-se, numa conduta, distinguir a atuação e o resultado tal qual a classificação a ser analisada<sup>100</sup>.

No que diz respeito ao dever de segurança, a ação final consiste naquele escopo negativo de não causar danos à pessoa e aos bens do outro contratante. Um escopo negativo concretizado por meio de condutas positivas e negativas. Qualificado tal interesse no âmbito da obrigação de meios, responderá o devedor caso não atue diligentemente para o resultado de conservar indene a pessoa ou o patrimônio do outro contratante. Em se tratando de obrigação de resultado, a imputação da responsabilidade civil ao devedor decorrerá, salvo comprovado caso fortuito ou força maior, da simples lesão à pessoa ou ao patrimônio do outro contratante, uma vez que não alcançado o resultado de conservar a realidade de interesse do credor. Na hipótese de obrigação de garantia, em havendo a ausência do resultado de conservar indene a pessoa ou ao patrimônio do outro contratante, responderá o devedor por todos os riscos abrangidos na cláusula de incolumidade, cuja extensão pode ou não incluir hipóteses de caso fortuito ou força maior.

A partir da distinção dos regimes, possível observar melhores critérios para a repartição do ônus da prova<sup>101</sup>; a produção de efeitos diferenciados em relação à assunção dos riscos; e as hipóteses em que se nega eficácia à exoneração da responsabilidade civil<sup>102</sup>. Proporciona, ainda, bom auxílio na compreensão do conteúdo obrigacional dos contratos, uma vez que a distinção não se funda necessariamente numa diferença de intensidade ou degrau na diligência, mas resulta em prestações de natureza sensivelmente distintas em função do caráter aleatório (a obrigação tem por objeto um resultado quando pode se presumir que a diligência do devedor irá atingi-lo; no caso contrário, ela tem por objeto a própria diligência)<sup>103</sup>.

De todo modo, sendo a diligência parte indisponível de qualquer obrigação, independentemente de seu conteúdo, a mais valiosa distinção prática entre as obrigações de meio, de resultado e garantia consistirá na distribuição do ônus da prova<sup>104</sup>.

<sup>98</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 146.

<sup>99</sup> TUNC, 2000, p. 756.

<sup>100</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., v. 2, t. 1, p. 446.

<sup>101</sup> DEMOGUE, René. Op. cit. t. 5, p. 537-539.

<sup>102</sup> DíEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., v. 2, p. 281-282.

<sup>103</sup> TUNC, 2000, p. 755-764.

<sup>104</sup> ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 295.





# Comércio eletrônico e direito de arrependimento: aplicabilidade do art. 49 do CDC à compra de passagens aéreas pela internet

Ricardo Dal Pizzol<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Resumo:** O presente artigo visa discutir a aplicabilidade do direito de arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor às compras de bilhetes aéreos efetuadas pela rede mundial de computadores. À primeira vista, a questão sequer deveria render discussões, ante a aparente clareza da referida norma, aplicável “sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial”. Todavia, as principais companhias aéreas brasileiras ignoram ostensivamente o art. 49 do CDC, chegando ao ponto de negar, para as tarifas promocionais, qualquer reembolso aos passageiros em caso de desistência. Fazem isso com o beneplácito da agência reguladora (ANAC), que, na recente Resolução nº 400, de 13/12/2016, consagrou uma liberdade quase absoluta para as empresas aéreas fixarem as condições de reembolso. Partindo, porém, da premissa de que o art. 49 do CDC visa, principalmente, proteger o consumidor contra as chamadas “compras emocionais” ou “por impulso”, feitas de forma precipitada e sem a necessária reflexão, em decorrência do emprego de técnicas agressivas de vendas pelo fornecedor, bem como da constatação de que tais métodos são em geral empregados no *e-commerce* (*spams, cookies, pop-ups, banners, links patrocinados* etc.), concluímos pela aplicação do direito de arrependimento ao comércio eletrônico como um todo, e à compra de passagens aéreas pela internet em particular, ressalvadas, evidentemente, as hipóteses de exercício inadmissível desse direito pelo consumidor (art. 187 do CC).

## 1. Introdução: exposição do tema e sua relevância

Enquanto o *e-commerce* detém, segundo pesquisa realizada em outubro de 2016, apenas 2,8% de participação nas vendas feitas no varejo em geral<sup>2</sup>, no mercado específico de transporte aéreo o quadro é bastante diverso: em dezembro de 2014, as vendas de passagens feitas pela internet já representavam 57% dos negócios realizados, com taxa de crescimento anual superior a 10%<sup>3</sup>.

O presente artigo visa discutir a aplicabilidade do direito de arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor às compras de bilhetes aéreos efetuadas pela rede mundial de computadores. À primeira vista, a questão sequer deveria render

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2016). Mestre em Direito Comparado pela Samford University (Alabama, USA [2015]). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (2004). Juiz de direito titular da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro (São Paulo/SP), convocado para atuar no Gabinete da Corregedoria Geral da Justiça (biênio 2016-2017).

<sup>2</sup> “E-commerce brasileiro vai crescer 12,4% ao ano e dobrar de tamanho no país, diz Google”. Disponível em: <http://bit.ly/30TDtV>. Acesso em: 29 set. 2017.

<sup>3</sup> “Digital Travel Sales Fly High in Brazil: Double-digit growth will continue through 2017”. Disponível em: <http://bit.ly/2QB7dq2>. Acesso em: 4 out. 2017.

discussões, ante a aparente clareza da referida norma, aplicável “sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial”:

*Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.*

A realidade praticada pelas principais companhias aéreas brasileiras está longe, contudo, de observar tal preceito. Em pesquisa realizada junto aos sites das respectivas empresas, na data de 30 de setembro de 2017, foram identificadas as seguintes políticas de reembolso, para a hipótese de desistência do consumidor:

#### LATAM

Tarifa Promo	Tarifa Light	Tarifa Plus	Tarifa Top
Não permite reembolso	Não permite reembolso	Reembolso de 50% do valor pago	Reembolso de 100% do valor pago

#### GOL

Tarifa Light	Tarifa Programada	Tarifa Flexível
Não permite reembolso	O reembolso equivale a 50% do valor pago, descontando-se, ainda, uma taxa de cancelamento de R\$ 170,00	O reembolso equivale a 95% do valor pago, descontando-se, ainda, uma taxa de cancelamento de R\$ 170,00

#### AZUL

Tarifa Mais Azul	Tarifa Azul
O reembolso equivale a 40% do valor pago, descontando-se, ainda, uma taxa de cancelamento de R\$ 210,00.	O reembolso equivale a 40% do valor pago, descontando-se, ainda, uma taxa de cancelamento de R\$ 210,00. Bilhetes das classes U, UU, W, X, V, OO e Z não permitem reembolso.

Nem mesmo a ANAC, agência reguladora criada para regular e fiscalizar as atividades de aviação civil no país, a quem compete, entre outras funções, “reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários” (art. 8º, XXXV, da Lei nº 11.182/05), posiciona-se a favor dos consumidores nessa matéria. No site da referida agência, constam as seguintes informações acerca dos direitos dos adquirentes em caso de desistência:

*Após receber o comprovante da compra da passagem aérea, o passageiro terá até 24 horas para desistir de sua compra, sem qualquer custo, desde que a aquisição da passagem tenha sido feita com 7 dias ou mais de antecedência em relação à data do voo. Esta regra vale para compras realizadas tanto nos endereços eletrônicos como em lojas físicas. Após decorrido o prazo de 24 horas, você poderá remarcar o seu voo para outra data ou solicitar o reembolso do valor pago, estando*

**sujeito a eventuais multas contratuais e ao pagamento de diferença tarifária, se for o caso<sup>4</sup>.**

Nessa linha, a recente Resolução nº 400 da ANAC, de 13 de dezembro de 2016, que dispõe sobre as condições gerais de transporte aéreo, ignora solenemente o direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC, consagrando, em seu lugar, uma liberdade quase absoluta para as empresas fixarem as condições de reembolso (art. 2º)<sup>5</sup>. Superado o prazo de 24 horas a contar do recebimento do comprovante da compra, no qual o passageiro poderia desistir da viagem sem qualquer ônus (art. 11)<sup>6</sup>, o único limite que se estabelece é o de que a multa contratual não ultrapasse o valor do próprio serviço de transporte aéreo (art. 9º)<sup>7</sup>, o que legitimaria práticas como as vistas nos quadros acima de simplesmente negar-se qualquer reembolso ao passageiro, notadamente em relação a tarifas ditas “promocionais”.

A relevância do tema reside justamente nesse ponto: em um contexto no qual a maior parte das vendas de passagens aéreas é efetuada pela internet, e o direito de arrependimento do art. 49 do CDC é ignorado pelas empresas aéreas (com a chancela da agência reguladora, como visto), cumpre analisar qual tem sido o posicionamento do Poder Judiciário em relação ao tema, bem como se sua intervenção tem sido eficiente nesse campo.

O item 2 deste trabalho será dedicado ao estudo do artigo 49 do CDC, em seus aspectos estruturais e funcionais. No item 3, será analisada a aplicabilidade da referida norma ao comércio eletrônico do tipo “B2C” (*business-to-consumer*). Por fim, no item 4, as conclusões obtidas nos itens anteriores serão transpostas ao contrato de compra e venda de passagens aéreas pela internet, observadas as peculiaridades desse mercado.

## **2. Artigo 49 do CDC: estrutura e funções**

### **2.1. Aspectos estruturais**

O artigo em referência está contido no Capítulo VI do Título I do Código de Defesa do Consumidor (“Da Proteção Contratual”), cujas disposições visam preservar o consentimento livre e refletido do consumidor no momento da aquisição de produtos ou serviços, bem como extirpar dos contratos de consumo as cláusulas abusivas eventualmente pactuadas. Nesse contexto, também estão inseridas nesse capítulo, por exemplo, as disposições que consagram: (i) a interpretação mais favorável ao consumidor (art. 48); (ii) a não vinculação do consumidor a contratos redigidos de modo a dificultar a sua compreensão, ou aos quais não lhe tenha sido dada oportunidade de conhecer previamente seu conteúdo (art. 46); (iii) o rol das cláusulas abusivas (art. 51); (iv) a obrigação de redigir-se os contratos de

<sup>4</sup> “Desistência em até 24 horas”. Disponível em: <http://bit.ly/2Wxn1ja>. Acesso em: 5 nov. 2017.

<sup>5</sup> Art. 2º. Na oferta dos serviços de transporte aéreo, o transportador poderá determinar o preço a ser pago por seus serviços, bem como suas regras aplicáveis, nos termos da regulamentação expedida pela ANAC.

<sup>6</sup> Art. 11. O usuário poderá desistir da passagem aérea adquirida, sem qualquer ônus, desde que o faça no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, a contar do recebimento do seu comprovante.  
Par. único. A regra descrita no caput deste artigo somente se aplica às compras feitas com antecedência igual ou superior a 7 (sete) dias em relação à data de embarque.

<sup>7</sup> Art. 9º. As multas contratuais não poderão ultrapassar o valor dos serviços de transporte aéreo.

adesão em termos claros e com caracteres legíveis, conferindo-se destaque às cláusulas que limitem direitos do consumidor (art. 54, §§ 3º e 4º).

O direito do consumidor de desistir do contrato, no prazo de 07 dias, quando a contratação se dá fora do estabelecimento comercial, pode ser exercido de forma **imotivada**, não estando condicionado à existência de qualquer vício ou defeito do produto ou serviço. Basta que o consumidor manifeste sua intenção de desistir do contrato por qualquer meio (telefone, *e-mail*, carta etc.)<sup>8</sup>, sem necessidade de dar qualquer justificativa<sup>9</sup>.

Obviamente que sempre haverá, no íntimo do consumidor, algum motivo que o leva a desistir do contrato, porém o importante, juridicamente, é que este não precisa ser declinado.

Trata-se de um **direito potestativo** do consumidor, ao qual corresponde, portanto, uma **sujeição** do fornecedor, que nada pode fazer para se opor à desistência formulada. Os direitos potestativos são poderes que a lei confere aos seus titulares de influírem, com uma declaração de vontade unilateral de sua parte, na esfera jurídica de outro agente, ao qual resta apenas sujeitar-se aos seus efeitos. Diferem dos **direitos subjetivos**, na medida em que a estes contrapõe-se não uma sujeição, mas uma **prestação** do devedor, que pode ser positiva (um *dar* ou *fazer*), como nos direitos de crédito, ou negativa (um *abster-se*), como nos direitos reais<sup>10</sup>. Sendo o direito de arrependimento do art. 49 do CDC um direito potestativo, o prazo para seu exercício, de sete dias, só pode ter natureza **decadencial**, conforme o critério estabelecido pelo Professor Agnelo Amorim Filho<sup>11</sup>.

Parece-nos que o direito de arrependimento do art. 49 do CDC constitui hipótese de “revogação” do negócio jurídico, na medida em que tudo se passa como se o consumidor recuasse da declaração de vontade antes apresentada – ou retirasse a sua voz do negócio jurídico, nas palavras de Pontes de Miranda<sup>12</sup> – desconstituindo com isso o contrato e restabelecendo o *status quo ante*, inclusive com a devolução dos valores pagos a qualquer título pelo consumidor.

Outra característica do direito de arrependimento é sua irrenunciabilidade, pois decorre de norma cogente, de ordem pública, que não pode ser derogada pela vontade

<sup>8</sup> Embora a lei não exija forma específica para o exercício do direito de arrependimento, é importante, para o consumidor, que essa manifestação fique registrada de modo inequívoco. Até porque, se precisar provar que a fez, deverá, por exemplo, apontar número de protocolo ou apresentar cópia dos documentos comprobatórios dessa manifestação de vontade.

<sup>9</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 292; EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Contratação refletida na sociedade de consumo: o direito de arrependimento como proteção do consentimento do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 19, n. 76, out./dez. 2010, p. 63

<sup>10</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2006. t. V, p. 280-281; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 261.

<sup>11</sup> Segundo o autor, os direitos subjetivos (isto é, os *direitos a uma prestação*) subordinam-se a prazos **prescricionais**, por serem suscetíveis de violação ou de lesão pela parte contrária (na medida em que esta pode cumprir ou não a prestação que lhe cabe). Já os direitos potestativos caracterizam-se pelo fato de serem insuscetíveis de violação ou lesão, porque não dependem de uma prestação da parte contrária (a eles corresponde uma sujeição, como visto), estando subordinados, por conta disso, a prazos **decadenciais**. Dando um passo adiante em seu raciocínio, o autor estende suas conclusões aos tipos de ações, sustentando que só as ações **condenatórias** podem **prescrever** (por serem elas que protegem os direitos suscetíveis de violação, ou seja, os direitos subjetivos), enquanto as ações **constitutivas** (que tutelam os direitos potestativos) seriam as únicas subordinadas a prazos **decadenciais** (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 744, out. 1997, p. 733-738).

<sup>12</sup> Afirma o autor acerca do conceito de revogação: “Temos insistido em definir revogação, para que se atenda a que se parte do mundo fático e se retira a voz. Tudo se passa como se se derrubasse a construção por se puxar para fora o que a sustenta. O que se revoga é a manifestação de vontade; a desconstituição do negócio jurídico é consequência.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2006. t. XXXVIII, p. 440)

das partes (art. 1º do CDC)<sup>13</sup>. Nesses termos, cláusula que afastasse o direito de arrependimento seria nula de pleno direito, por ofensa ao art. 166, VI e VII, do CC/2002<sup>14</sup>, e também ao art. 51, II, do CDC<sup>15</sup>.

Definidas as linhas estruturais do instituto, é hora de analisar suas finalidades.

## 2.2. Aspectos funcionais

Afinal, que razões justificam conceder ao consumidor o direito potestativo de revogar o contrato nas hipóteses – e tão somente nelas, a princípio – em que a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial?

Uma primeira explicação seria a de que o consumidor, ao adquirir o produto fora da loja, não tem, muitas vezes, a oportunidade de examinar o bem de perto, de tocá-lo, de vê-lo em funcionamento e de verificar se ele serve às suas necessidades e se corresponde às suas expectativas.

Essa é a explicação acolhida, por exemplo, no julgamento do Recurso Inominado nº 71006086474, da Segunda Turma Recursal Cível da Comarca de Porto Alegre:

*A razão do prazo de reflexão é essa: o consumidor avalia o produto quando dele tem ciência efetiva, quando pode pegá-lo e investigá-lo fisicamente. Ai é que vai verificar se o produto atende/atendeu suas expectativas<sup>16</sup>.*

Interessante pontuar que, partindo da premissa de que o direito de arrependimento serviria a essa única finalidade, os julgadores concluíram que ele não se aplicaria à compra de passagens aéreas pela internet – tema deste trabalho – justamente porque o consumidor disporia, desde o início, de todas as informações relevantes (classe, horário, tarifa, etc.), mesmo sendo a compra feita on-line:

*A compra de passagem pela internet não é o tipo de serviço que possa criar uma expectativa diversa no âmbito do consumidor: não poderá esperar mais do que o efetivo transporte para o destino escolhido, na categoria escolhida (econômica, executiva, etc.), no horário indicado, com saídas e chegadas nos aeroportos especificados<sup>17</sup>.*

<sup>13</sup> Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

<sup>14</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

<sup>15</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

<sup>16</sup> TJRS, Recurso Inominado nº 71006086474, Segunda Turma Recursal Cível da Comarca de Porto Alegre, Relator(a): Juíza Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe, j. em 06/07/2016.

<sup>17</sup> Ibidem.

Todavia, esse fundamento – impossibilidade de o consumidor examinar o bem de perto, tocá-lo e vê-lo em funcionamento – não pode ser o único, e nem mesmo o principal, a justificar o instituto.

Primeiro, porque tal fundamento faz pouco sentido em relação aos serviços, sendo que o direito de arrependimento também se aplica a eles, conforme expressa dicção do art. 49 do CDC. Segundo, porque se essa fosse a única razão de ser do instituto, ele não poderia ser aplicado a situações nas quais o consumidor, por já deter todas as informações relevantes no momento da contratação, não poderia ter sua expectativa frustrada com o recebimento do produto ou serviço (como no caso da passagem aérea adquirida pela internet, em que o consumidor já dispõe, no momento da compra, de todos os dados que caracterizam o produto [classe, horário, tarifa etc.]; ou mesmo na hipótese de uma venda a domicílio, pelo sistema *door-to-door*, na qual o consumidor teve a oportunidade de examinar o produto, tocá-lo e vê-lo em funcionamento). Ora, a redação do art. 49 do CDC, mais uma vez, ao prescrever que o consumidor pode arrepender-se do contrato “sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial”, não permite a exclusão das situações aludidas.

Outro fundamento deve juntar-se ao primeiro, portanto.

Cláudia Lima Marques, analisando a *mens legis* do art. 49 do CDC, sustenta que o dispositivo visa, principalmente, proteger a declaração de vontade do consumidor contra técnicas agressivas de vendas fora do estabelecimento, instituindo um prazo de reflexão obrigatório para que o adquirente decida, com calma, sobre a real necessidade do bem ou serviço<sup>18,19</sup>. Durante esse período, como afirma Jean Calais-Auloy, o consumidor pode reler com mais cuidado as condições gerais do contrato, bem como efetuar novas consultas, com pessoas mais avisadas ou junto a outras fontes (internet, livros etc.), acerca do bem ou serviço<sup>20</sup>. De acordo com essa visão, o objetivo principal da norma passaria a ser, portanto, o de proteger o consumidor contra as chamadas “compras emocionais” ou “por impulso”, feitas de forma precipitada e sem a necessária reflexão, em decorrência do emprego de técnicas agressivas de vendas que atingem o consumidor em sua residência ou local de trabalho<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 834. No mesmo sentido: SANTIAGO Y CALDO, Diego. Limites ao direito de arrependimento do consumidor de produtos e serviços vendidos através da rede mundial de computadores. *Revista Síntese – Direito Civil e Processual Civil*, ano XII, n. 83, maio-jun. 2013, p. 71.

<sup>19</sup> Nos países de língua inglesa, tal prazo de reflexão é chamado de “cooling-off period”, o que poderia ser traduzido como período de resfriamento ou de abrandamento, justamente em referência à necessidade de verificar se, “diminuída a adrenalina” do consumidor e afastada a pressão do fornecedor, ainda persiste o interesse do primeiro no contrato celebrado (ROTT, Peter; TERRY, Evelyne. *Right of Withdrawal and Standard Terms*. In: MICHLITZ, Hans-Wolfgang; STUYCK, Jules; TERRY, Evelyne (eds.). *Cases, materials and text on consumer law*. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 240).

<sup>20</sup> CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 202.

<sup>21</sup> Há autores que, radicalizando essa ideia (de que a razão de ser do art. 49 é tutelar o consumidor nas situações de compras emocionais), chegam a defender [i] sua aplicabilidade a compras feitas dentro do estabelecimento comercial, quando empregadas técnicas agressivas de vendas, que levem o consumidor a adquirir por impulso, e, em contrapartida, [ii] sua não aplicabilidade a compras feitas fora do estabelecimento comercial, quando o consumidor teve a oportunidade de refletir adequadamente e não foram empregadas técnicas agressivas pelo fornecedor. Nesse sentido, por exemplo: EBERLIN, op. cit., p. 67-70. Com relação à primeira tese [i], tendemos a concordar. Se a principal razão de ser do art. 49 do CDC – sua *mens legis* – é a de proteger o consumidor nas compras por impulso, parece viável estender o direito de arrependimento, por analogia, a compras ocorridas dentro do estabelecimento comercial quando o fornecedor se vale de métodos emocionais. Vale lembrar que o art. 7o do CDC estabelece expressamente que “os direitos previstos neste código não excluem outros [...] que derivem dos princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade.” Nesse sentido, Cláudia Lima Marques defende a aplicação da referida norma às vendas emocionais de *time-sharing* ou multipropriedade, nas quais o consumidor costuma ser atraído ao estabelecimento comercial do fornecedor para participar de jantares ou coquetéis. Em um ambiente de festa, em meio a sorteios, palestras, shows e bebidas alcoólicas, o produto (*time-sharing* ou multipropriedade) é oferecido ao consumidor,



Nesse contexto, a opção do legislador por um prazo de 07 (sete) dias não foi aleatória, pois visa garantir ao consumidor ao menos um fim de semana – período no qual, como regra geral, goza-se de maior tranquilidade – para reflexão acerca do negócio celebrado. Também não por acaso a Diretiva 2011/83 da União Europeia atribui aos consumidores, em seu artigo 9º, prazo de 14 (quatorze) dias para o exercício do direito de arrependimento, abrangendo, assim, necessariamente, dois fins de semana para reflexão mais aprofundada<sup>22</sup>.

A venda fora do estabelecimento comercial, em suas várias modalidades (porta-em-porta, catálogo, telefone, *teleshopping*, internet, etc.), traz inúmeras vantagens para o fornecedor (v.g., redução de custos com funcionários e imóveis, aumento do mercado potencial, desnecessidade de manter estoque), mas afeta negativamente o consentimento do consumidor, seja por dificultar a comparação do produto e de seu preço com a concorrência (como ocorre na venda de porta-em-porta), seja por tornar o consumidor extremamente dependente das informações que o fornecedor escolhe transmitir (como na venda pela internet), seja por conferir pouco tempo para o consumidor decidir (como ocorre nas “ofertas-relâmpago” feitas pela internet e pelos canais de *teleshopping*)<sup>23</sup>. Por isso mesmo é que a lei confere ao consumidor um prazo de reflexão nos negócios praticados fora do estabelecimento comercial, de forma a resguardar seu consentimento racional<sup>24</sup>.

Os ônus econômicos dessa desistência – que existem, obviamente – devem ser arcados pelo fornecedor, que opta por realizar negócios dessa natureza mesmo sabendo da possibilidade de serem revogados unilateralmente pelo consumidor. Se os praticam, mesmo em face dessa possibilidade, é porque concluíram, segundo a premissa de que os atores econômicos buscam maximizar suas utilidades<sup>25</sup>, que as vantagens auferidas (redução

---

sempre tentando-se inculir a ideia de que seus adquirentes são pessoas realizadas e de sucesso (op. cit., p. 848). Os Tribunais brasileiros já reconheceram o direito de arrependimento nesse caso específico, mesmo em casos nos quais o contrato foi assinado dentro do estabelecimento do vendedor: v.g., TJSP, Ap. no 0114361-43.2008.8.26.0004, Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. em 04/03/2015; TJRS, Ap. no 70001354034, Rel. Luiz Ary Vessini de Lima, j. em 23/11/2000.

Em contrapartida, discordamos da segunda tese [ii]. O art. 49 é expresso no sentido de que o consumidor pode desistir do contrato “sempre que a contratação [...] ocorrer fora do estabelecimento comercial”. Assim, ainda que o consumidor tenha tido oportunidade de refletir adequadamente em uma compra feita fora do estabelecimento e que não tenham sido empregados métodos agressivos, o prazo de desistência continuaria aplicável. Não seria adequado, inclusive em face do princípio do *favor debilis*, aplicar a analogia para subtrair direitos do consumidor, parte vulnerável da relação, notadamente quando isso se dá em afronta a disposição expressa do CDC. O art. 7º autoriza, é preciso repisar, o uso da analogia para ampliação dos direitos dos consumidores, não para supressão daqueles direitos previstos expressamente no Código. Em momento posterior deste artigo, aprofundaremos este raciocínio.

<sup>22</sup> AMARAL JUNIOR., Alberto do; VIEIRA, Luciane Klein. As recentes alterações no Direito Brasileiro sobre o arrependimento nas relações de consumo estabelecidas por meios eletrônicos: legislação atual e norma projetada. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n. 90, nov./dez. 2013, p. 233.

<sup>23</sup> EBERLIN, op. cit., p. 60.

<sup>24</sup> Como afirma o professor suíço Bernd Stauder, o direito de arrependimento não constitui propriamente uma exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*. Este princípio não é atingido – pelo contrário, é reforçado em sua legitimidade – quando se autoriza que o consumidor revogue o contrato nas hipóteses em que seu consentimento não foi racional porque afetado por técnicas agressivas de vendas (STAUDER, Bernd. *Pacta sunt servanda et le droit de repentir. Semaine Judiciaire*, v. 104, n. 31, 1982, p. 481-500). O português Mário Frota, na mesma linha, chega a afirmar que a efetiva ponderação ou reflexão do consumidor foi alçada, com a instituição do direito de retratação, em verdadeiro “elemento estruturante do consentimento na economia de contratos de consumo” (FROTA, Mário. Os contratos eletrônicos na União Europeia e em Portugal. In: LUCÇA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA Cíntia Rosa P. de (coord.). *Direito & internet III*: tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 592).

<sup>25</sup> A teoria econômica está baseada em duas constatações básicas: as demandas humanas são ilimitadas, porém os recursos são escassos. Exatamente porque os recursos são escassos, os indivíduos buscam maximizar sua utilidade, escolhendo racionalmente a opção que lhes traz maiores benefícios ou menores prejuízos. Essa é uma das premissas centrais da chamada Análise Econômica do Direito.

O princípio de que os agentes fazem escolhas racionais, sempre optando pela alternativa que lhes traz maior utilidade, parte do pressuposto ideal de que os agentes possuem informação completa acerca dos fatores relevantes, que, na hipótese em



de custos, incremento de mercados, ganhos de eficiência etc.) suplantam os ônus das eventuais desistências. Nessa linha, afirma lapidarmente Nelson Nery Jr., um dos autores do Anteprojeto do CDC:

*O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas a domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor<sup>26</sup>.*

Feita essa análise geral do artigo 49 do CDC, em seus aspectos estruturais e funcionais, cumpre agora relacioná-lo ao chamado *e-commerce*, como forma de aproximação do tema central deste artigo (direito de arrependimento e compra de passagens aéreas pela internet).

### 3. Direito de arrependimento e e-commerce do tipo “B2C” (*business-to-consumer*)

#### 3.1. O art. 49 do CDC antes da disseminação da internet

Quando o Código foi criado, trazendo em seu bojo o art. 49, no início da década de 90, parece claro que o legislador não tinha em mente o comércio pela internet. As compras *on-line* só viriam a se popularizar nos Estados Unidos a partir de 1995, ano de criação da Amazon e do eBay. No Brasil, as operações de *e-commerce* só se tornaram significativas a partir dos anos 2000<sup>27</sup>.

A realidade vislumbrada pelo legislador, quando da edição do Código de Defesa do Consumidor, em matéria de contratações feitas fora do estabelecimento comercial, era fundamentalmente a das vendas feitas de porta-em-porta (*door-to-door*) e por telefone<sup>28</sup>. Um indicativo muito claro nesse sentido está contido no próprio *caput* do artigo 49, em sua parte final, no ponto em que prescreve que o consumidor pode desistir do contrato “sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, **especialmente por telefone ou a domicílio.**”

Embora não seja este o tema central do presente trabalho, convém lembrar o quão agressivas eram essas primeiras técnicas de contratação feitas fora do estabelecimento comercial, especialmente a venda de porta-em-porta. Como afirma Cláudia Lima Marques,

---

apreço, seriam, [i] de um lado, os custos derivados das desistências dos consumidores e, [ii] de outro, os ganhos obtidos com a adoção de práticas de vendas fora do domicílio. O princípio da escolha racional também parte do pressuposto de que os agentes são neutros em relação ao risco (*risk neutral*).

É evidente, contudo, que a ideia de escolhas racionais, baseada em informações completas, julgamentos perfeitos e agentes neutros ao risco, é apenas um modelo teórico, e, portanto, uma simplificação da realidade. A vida em sociedade está repleta de exemplos que “furam” esse modelo. Os adeptos da “Law and Economics” entendem, todavia, que, mesmo havendo imperfeições, as ferramentas do modelo ainda são úteis para a maioria dos casos (MITCHELL, Gregory. *Why law and economics’ perfect rationality should not be traded for behavioral law and economics’ equal incompetence*. *Georgetown Law Journal*, n. 91, 2002, p. 69).

<sup>26</sup> NERY Jr., Nelson *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 563.

<sup>27</sup> O faturamento das lojas on-line no Brasil, que era de apenas R\$ 500 milhões em 2001, saltou para R\$ 41,3 bilhões em 2015 (HISTÓRIA do E-commerce no Brasil. *Agência e-Plus*. Disponível em: <http://bit.ly/2YVraef>. Acesso em: 7 out. 2017).

<sup>28</sup> MARQUES, op. cit., p. 835; EBERLIN, op. cit., p. 59; GOMIDE, Alexandre Junqueira. O direito de arrependimento aos consumidores: modelo atual e as proposições do PLS 281/2012. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. III, n. 9, mar. 2013, p. 30.

o fornecedor que pratica a venda em domicílio, sem suportar os ônus fiscais e econômicos de manter um estabelecimento físico, vai de encontro ao cliente em seu local de descanso, sendo que este, sem poder comparar os preços e a qualidade do produto apresentado e sem o necessário tempo para refletir, acaba celebrando o contrato até mesmo para se ver livre do importuno e insistente visitante. O vendedor, por sua vez, que quase sempre é remunerado por comissões ou prêmios nesse sistema, é incentivado a se utilizar de qualquer artifício para efetuar negócios, inclusive o de mascarar ou omitir informações relevantes para o consumidor acerca do bem. Todos esses fatores criam um ambiente propício à celebração de contratos “sob impulso”, em um cenário de pouca informação para o consumidor, na maioria das vezes hipervulnerável (donas-de-casa, aposentados, adolescentes etc.)<sup>29</sup>.

Após as vendas de porta-em-porta, mas ainda antes da internet, popularizou-se o chamado *teleshopping*, modalidade na qual o produto ou serviço é divulgado pela televisão e os negócios concretizados normalmente por telefone. Trata-se de método também bastante agressivo, propenso a gerar compras por impulso. Primeiro, porque, ao contrário da internet, o consumidor não dispõe de mecanismos imediatos de comparação de preços, nem de uma interface direta com o vendedor para tirar dúvidas e se informar acerca de detalhes técnicos do produto. Segundo, porque, nesses canais de vendas, os produtos geralmente são apresentados por “especialistas” que expõem, em tom professoral, apenas as suas supostas qualidades técnicas. Terceiro, porque tais canais valem-se, com frequência, de expedientes como “ofertas-relâmpago” e concessões de “descontos” e “brindes” puramente fictícios (afinal, como consta do título de um famoso livro do economista Milton Friedman, “*there’s no such thing as a free lunch*”).

### 3.2. Vulnerabilidade do consumidor internauta. Convergência entre as interpretações literal e teleológica da norma

Apesar de, como já dito, o legislador sequer vislumbrar o fenômeno do *e-commerce* em 1990, ano da aprovação do CDC – conhecia, quando muito, o *teleshopping*, mencionado no parágrafo anterior – parece-nos clara a aplicação do direito de arrependimento do art. 49 aos contratos de *e-commerce* do tipo “B2C”, sendo a doutrina majoritária nesse sentido<sup>30</sup>.

Não vingou a tese inicialmente defendida por alguns autores de que os *sites* de vendas configurariam verdadeiros estabelecimentos virtuais, aos quais os consumidores afluíam por iniciativa própria, com tempo de sobra para reflexão em seus lares, o que equipararia as vendas assim realizadas, para os fins do art. 49 do CDC, àquelas feitas em estabelecimentos físicos<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> MARQUES, op. cit., p. 836-837.

<sup>30</sup> Já em 2000, deve-se observar, com a clarividência que sempre lhe foi peculiar, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. asseverou que o direito de arrependimento do art. 49 do CDC “é perfeitamente aplicável aos negócios realizados através da rede mundial de computadores” (MINISTRO do STJ alerta para a fragilidade jurídica dos contratos eletrônicos. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://bit.ly/2WB74bC>). Apenas para citar alguns autores no mesmo sentido: DE LUCCA, Newton. Direito de arrependimento no âmbito do comércio eletrônico. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Z. P. (coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 276; SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos no direito brasileiro – Formação dos contratos eletrônicos e direito de arrependimento. In: MELGARÉ, Plínio (org.). *O direito das obrigações na contemporaneidade – Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 54; AMARAL Jr.; VIEIRA, op. cit., p. 233.

<sup>31</sup> LORENZO, Miguel Federico de. Contrato de consumo y derecho al arrepentimiento. *Revista jurídica La Ley*, Tomo 2004-A, p. 790; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3, p. 49. Posteriormente, o último autor alterou seu posicionamento, passando a sustentar que o art. 49 do CDC pode ser aplicado ao comércio eletrônico se houver, nesse canal

Com efeito, impõe-se, com a devida vênia a esses autores, a irrefutável realidade de que compras feitas pelo consumidor em *sites* da internet, seja a partir de sua casa ou de qualquer outro local, são compras feitas “fora do estabelecimento comercial”, ao menos no sentido em que este termo foi pensado pelo legislador no início da década de 1990 (como um lugar ao qual o consumidor se desloca por iniciativa própria, no qual pode visualizar e tocar o produto, além de tirar dúvidas com vendedores e efetuar comparações de preços e de outras características)<sup>32</sup>.

O Decreto nº 7.962/2013, editado para regulamentar o CDC em matéria de comércio eletrônico, tratou expressamente do direito de arrependimento em seu artigo 5º, sem fazer ressalvas, reforçando, com isso, a aplicabilidade do art. 49 aos contratos eletrônicos em geral<sup>33</sup>.

Ademais, as razões e finalidades que orientam o art. 49 do CDC e que justificam a existência de um direito potestativo de arrependimento em favor do consumidor, já abordadas no subitem 2.2 acima, estão aqui também presentes.

Primeiro, no que se refere mais diretamente aos bens corpóreos (roupas, eletrônicos, artigos de decoração etc.), o consumidor, ao fazer a aquisição através de um *site*, não tem a oportunidade de manusear o produto, verificar as advertências que constam de sua embalagem, testar seu funcionamento ou tirar dúvidas com um preposto do fornecedor na própria loja. Na internet, as informações estão predispostas e são padronizadas, não sendo capazes de suprir, muitas vezes, as dúvidas reais dos consumidores. Além disso, os produtos são descritos preponderantemente por imagens, nem sempre fidedignas, e por especificações técnicas, nem sempre compreensíveis, tudo a potencializar o risco de que o bem adquirido pela tela do computador não corresponda às expectativas do consumidor<sup>34</sup>.

Todavia, o segundo fundamento que levantamos para a norma – necessidade de proteger o consumidor contra contratações “emocionais” ou “por impulso”, decorrentes do emprego de técnicas agressivas de vendas – também está aqui configurado. Tal constatação é relevante na medida em que este segundo fundamento, ao contrário do primeiro, legitima a extensão do direito de arrependimento à generalidade dos produtos e serviços negociados pela internet, com algumas poucas exceções que serão tratadas adiante. Se a proteção conferida pela norma se restringisse, no *e-commerce*, à necessidade de garantir que o produto corresponda às expectativas do consumidor (primeiro fundamento), o direito de arrependimento dificilmente poderia ser aplicado às vendas de passagens aéreas

---

de vendas, menos informações sobre o produto ou serviço do que no estabelecimento físico (COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 8, n. 48, jul./ago. 2007, p. 7-14).

<sup>32</sup> Não se nega que *sites* de vendas possam ser considerados “estabelecimentos virtuais”, na medida em que compõem, na dicção do art. 1.142 do Código Civil, um complexo de bens organizado para o exercício da empresa, ainda que preponderantemente incorpóreos. O que se nega é que, para os fins específicos do art. 49 do CDC, *sites* de vendas possam ser equiparados a estabelecimentos físicos, porque isso não estaria em consonância nem com as finalidades da norma (*mens legis*), conforme já abordadas no item 2.2, nem com as intenções originais do legislador quando de sua edição (*mens legislatoris*).

<sup>33</sup> Art. 5º. O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

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

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

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

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

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

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

<sup>34</sup> DE LUCCA, op. cit., p. 276; SCHREIBER, op. cit., p. 51.

pela *web*, afinal as informações essenciais que caracterizam o serviço nesse caso (preço, trajeto, data do voo, horário, classe, restrições de bagagem etc.) são fornecidas pelo *site* da mesma forma que o seriam se a venda se desse em um estabelecimento físico.

À primeira vista, os níveis de liberdade e de informação do consumidor, no comércio eletrônico, parecem até maiores do que em outros meios. Na internet, o consumidor pode comparar preços e outras condições entre vários fornecedores, de forma quase instantânea. Pode, ainda, com a rapidez de alguns cliques, obter informações acerca da qualidade do produto ou serviço, contando inclusive, muitas vezes, com avaliações de outros clientes. O número de fornecedores aptos a vender o mesmo bem ou prestar o mesmo serviço pela *web*, como regra geral, é superior àquele que está ao alcance do consumidor no comércio físico de sua cidade ou região, o que incrementa sua liberdade de escolha e a concorrência. E, por fim, o fornecedor não teria, no *e-commerce*, limites físicos ou custos significativos para a exposição de dados sobre o produto ou serviço, bem como haveria maior facilidade para a disponibilização dos instrumentos contratuais, tudo a fomentar, em tese, o nível de informação dos consumidores<sup>35</sup>.

Apesar desses elementos, que transmitem uma aparência de maior liberdade e de ganho informacional, somos da opinião de que o consumidor internauta teve, na verdade, sua vulnerabilidade acentuada, em todas as suas dimensões (técnica, informacional, econômica e jurídica)<sup>36</sup>.

Cláudia Lima Marques destaca, nesse contexto, a redução do poder de controle do consumidor sobre o ato de compra. Como usuário da rede, o potencial adquirente é [i] guiado por *links* e conexões entre *sites*, intencionalmente criados, [ii] recebe apenas as informações que o fornecedor deseja lhe transmitir, [iii] é vítima de manipulações de preços, [iv] tem sua privacidade invadida e, a depender do caso, [v] sequer consegue utilizar sua língua nativa para celebrar o contrato. Segundo a autora, há uma pseudoliberalidade nesse ambiente, quando, na verdade, apenas teriam se sofisticado os métodos de controle sobre o consumidor<sup>37</sup>.

Os métodos de publicidade aplicados na internet também são bastante agressivos, desmontando a enganosa imagem de que, no *e-commerce*, o consumidor adquire por iniciativa própria, no conforto de seu lar, longe das pressões dos vendedores. Ao contrário do que se dá no comércio tradicional, em que a publicidade se restringe a espaços e momentos delimitados (um comercial de TV, um *outdoor*, uma página de jornal etc.), no comércio virtual, o *marketing* ocorre em um fluxo permanente, acompanhando o internauta em todos os momentos de sua navegação, mesmo em sítios que não têm finalidade comercial imediata<sup>38</sup>. *Banners* e *pop-ups* aparecem diante do usuário a todo o momento. *Spams* abarrotam sua caixa de *e-mail*. Para assistir a um vídeo no *YouTube*, é preciso assistir antes a um vídeo publicitário, ao menos por um período mínimo. Nos *sites* de busca, *links* patrocinados aparecem no topo da lista e com maior destaque. Ao acompanhar celebridades no *Instagram*, o usuário é bombardeado por *posts* de produtos e serviços. Ao arrastar um bem para seu “carrinho de compras”, o consumidor recebe, de imediato, indicações de produtos relacionados, bem como de outros bens que também foram adquiridos por pessoas que compraram o primeiro.

<sup>35</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 42.

<sup>36</sup> DE LUCCA, op. cit., p. 253, 269. Acerca dos tipos de vulnerabilidade, ver: MARQUES, op. cit., p. 320-335.

<sup>37</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor* (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 71-72.

<sup>38</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 52.

Resistir a esses incentivos constantes ao consumo torna-se ainda mais difícil na medida em que a publicidade eletrônica vem assumindo contornos cada vez mais personalizados. A coleta de dados de navegação dos usuários – notadamente por meio de *cookies* – tem permitido que as mensagens publicitárias sejam direcionadas a cada potencial consumidor, de forma individualizada, segundo os interesses que ele manifestou ao visitar determinados *sites* (a chamada “publicidade comportamental on-line”<sup>39</sup> ou “remarketing”). É por conta desses *cookies*, que são pequenos arquivos instalados no computador do internauta quando os *sites* são acessados, formando uma espécie de “rastros” na *web*, que um usuário começará a ser perseguido com anúncios de passagens aéreas para Paris após ter feito uma busca por pontos turísticos ou hotéis dessa cidade ou mesmo após ter iniciado (porém sem finalizar) uma compra de bilhete aéreo para esse destino no *site* de uma companhia<sup>40</sup>.

Ansiosos por consumir<sup>41</sup> e impelidos pelos artifícios de publicidade aludidos, os consumidores ignoram os termos contratuais impostos pelos fornecedores (os contratos são, aqui, sempre de adesão), até porque usualmente apresentados em um formato que desestimula a leitura, com textos longos e letras miúdas, em contraste evidente com os elevados gastos que os vendedores fazem para tornar atraentes as páginas de ofertas de produtos e serviços<sup>42</sup>.

Todos esses métodos agressivos e invasivos de publicidade, que ingressam nas casas e nos locais de trabalho dos consumidores (e que, agora, devido aos *smartphones*, atingem todos os lugares)<sup>43</sup>, somados à facilidade de adquirir produtos e serviços mediante alguns cliques (sem necessidade nem menos de digitar os dados pessoais e do cartão de crédito, se eles já estiverem armazenados na memória do computador)<sup>44</sup> e à desatenção dos consumidores em relação aos termos contratuais impostos pelos fornecedores, potencializam a ocorrência de contratações irrefletidas, ditas “emocionais” ou “por impulso”, qualquer que seja o produto ou serviço negociado pela internet.

Se esses fatores que fomentam contratações por impulso são uma constante no *e-commerce* atual – difícil imaginar, por exemplo, um fornecedor que não se valha, nesse meio, de pelo menos uma das técnicas de *marketing* descritas acima – não cabe ao intérprete estabelecer restrições quanto à abrangência do art. 49 do CDC, com base no tipo de produto ou serviço, ou na existência ou não de informações suficientes no *site* acerca do bem, sobretudo considerando que o próprio texto normativo não confere qualquer abertura para distinções desse jaez.

<sup>39</sup> Como definido em parecer apresentado por grupo de trabalho formado, no âmbito da União Europeia, para estudo do tema, “a publicidade comportamental tem por base a observação do comportamento das pessoas ao longo do tempo, procurando estudar as características deste comportamento através das suas ações (várias visitas ao mesmo sítio Web, interações entre sítios, palavras-chave, produção de conteúdo em linha, etc.), com vista a criar um perfil específico e, deste modo, apresentar-lhes anúncios que correspondem aos interesses implícitos no seu comportamento.” (*Parecer 2/2010 sobre publicidade comportamental em linha*, Grupo de Trabalho do Artigo 29 para a Proteção de Dados. Disponível em: [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_pt.pdf)).

<sup>40</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 51.

<sup>41</sup> Acerca dessa ansiedade por consumir que marca a sociedade contemporânea, o filósofo francês Gilles Lipovetsky assevera que o consumidor atual – que ele apelidou de “turboconsumidor” e que reúne as características do hedonismo, da instabilidade e do raciocínio acelerado – não busca mais apenas, no ato de consumo, um bem-estar material, através da satisfação de verdadeiras necessidades, mas também um bem-estar psíquico, decorrente da felicidade derivada do simples ato de comprar. Adquirir bens e serviços no mercado transformou-se, assim, nessa “Sociedade do Hiperconsumo”, para usar a expressão do autor, em uma forma de fugir do cotidiano por meio da “busca de pequenas novidades vividas” (LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 14, 69).

<sup>42</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 51.

<sup>43</sup> DE LUCCA, op. cit., p. 271.

<sup>44</sup> EBERLIN, op. cit., p. 52.

Com efeito, a redação do art. 49 do CDC é clara no sentido de que o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias, “sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial [...]”. Ora, é preceito bastante disseminado em hermenêutica que a lei não contém palavras supérfluas, devendo “todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva”<sup>45</sup>. Logo, se a lei empregou, de forma categórica, o termo “sempre”, foi com o intuito de não autorizar exceções ao direito de arrependimento quando a contratação se dê fora do estabelecimento comercial, como ocorre com as celebradas pela *web* em geral. Na mesma linha, também é brocardo clássico em hermenêutica que “onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”, o qual Carlos Maximiliano explica nos seguintes termos: “Na dúvida, prefere-se o significado que torna geral o princípio na norma concretizado, ao invés do que importaria numa distinção, ou exceção”<sup>46</sup>. Em sendo assim, se a lei não estabeleceu diferenciações entre as contratações feitas fora do estabelecimento comercial – quanto à forma de contratação (*door-to-door*, telefone, internet etc.), quanto ao tipo de mercadoria ou mesmo no que toca ao nível de informação transmitida ao consumidor – não cabe ao intérprete, a princípio, fazê-las.

Criar uma exceção ao preceito, nesse contexto, só seria justificável se houvesse um motivo sério para reduzir o alcance dos termos empregados pelo legislador, notadamente se a razão de ser da norma (sua *mens legis*) não se estendesse à situação em apreço<sup>47</sup>. Isso, todavia, está longe de ocorrer em relação ao comércio eletrônico, que está abarcado pelo art. 49 do CDC, como demonstrado, tanto segundo uma interpretação apenas **literal ou gramatical** da norma (na qual se lê o termo “sempre”, sem ressalvas), como também segundo uma interpretação **teleológica** do mesmo dispositivo ([i] impossibilidade de o consumidor examinar o bem de perto, de tocá-lo e de vê-lo em funcionamento, bem como, principalmente, pela [ii] necessidade de proteger o consumidor contra contratações “emocionais” ou “por impulso”).

E mais: não se pode perder de vista que o dispositivo em comento institui um direito em favor dos consumidores, estando inserido em um Código sistemática e logicamente ordenado para a defesa desse grupo específico de pessoas, cuja vulnerabilidade é presumida. Nesse contexto, transparece de forma ainda mais evidente que o art. 49 do CDC não pode ser interpretado de forma restritiva em relação aos contratos eletrônicos, em prejuízo dos consumidores, criando distinções onde a lei não distingue e ignorando o termo “sempre”, como se este não tivesse sido intencionalmente inserido pelo legislador na redação do dispositivo.

### 3.3 Entendimentos contrários. Contestação

Por todas as razões expostas no subitem anterior, não podemos concordar com aqueles autores que restringem a aplicação do direito de arrependimento, em matéria de

<sup>45</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 91.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 201. Como afirma o autor em outra passagem da mesma obra: “Embora seja verdadeira a máxima atribuída ao apóstolo São Paulo – a letra mata, o espírito vivifica – nem por isso é menos certo caber ao juiz afastar-se das expressões claras da lei, somente quando ficar evidenciado ser isso indispensável para atingir a verdade em sua plenitude. O abandono da fórmula explícita constitui um perigo para a certeza do Direito, a segurança jurídica; por isso é só justificável em face de mal maior, comprovado: o de uma solução contrária ao espírito dos dispositivos, examinados em conjunto. As audácias do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra.” (*Ibidem*, p. 91).



*e-commerce*, impondo outras condições não previstas expressa ou implicitamente na norma em comento, relacionadas, por exemplo, [i] ao tipo de bem ou serviço comercializado, [ii] ao grau de informação repassado ao consumidor no momento da venda ou [iii] à comprovação em concreto da ocorrência de uma compra emocional, motivada por técnicas agressivas.

Leonardo Netto Parentoni sustenta, na linha restritiva [i], que o consumidor só pode desistir do contrato se o bem adquirido for corpóreo, pois apenas nesse caso haveria o risco de que o bem entregue não corresponda às suas expectativas<sup>48</sup>. O erro do raciocínio do autor está, com a devida vênia, em reduzir a finalidade da norma ao primeiro fundamento declinado no item 2.2 acima, ignorando o segundo, mais abrangente.

Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, na linha restritiva [ii], entende que o art. 49 do CDC só pode ser aplicado ao comércio eletrônico se houver, nesse canal de vendas, menos informações sobre o produto ou serviço do que no estabelecimento físico<sup>49</sup>. Parece-nos, entretanto, que a questão não pode ser reduzida a esse aspecto informacional, visto que, conforme demonstrado, os fatores que fomentam contratações por impulso são uma constante no *e-commerce* atual<sup>50</sup>, independentemente de as informações serem ou não integralmente disponibilizadas aos consumidores.

Fernando B. T. Eberlin e Diego Santiago Y Caldo afirmam, na linha restritiva [iii], que o direito de arrependimento só pode ser aplicado ao comércio eletrônico quando demonstrado, em concreto, que o consumidor não teve oportunidade de formar livremente o seu consentimento, por conta do emprego de técnicas agressivas<sup>51</sup>. Embora esse raciocínio possa parecer sedutor à primeira vista, ele não resiste a uma análise mais detida. Primeiro, porque, como acabamos de repisar, os fatores que fomentam contratações emocionais são uma constante no *e-commerce* atual, de forma que não faz sentido exigir a demonstração de que influíram concretamente no contrato celebrado pelo consumidor (difícil imaginar, por exemplo, um fornecedor que não se valha atualmente, nesse meio, de *cookies*, *spams*, *pop-ups*, *links* patrocinados em buscadores etc.). Segundo, porque nunca se exigiu, em relação a outras formas de contratação fora do estabelecimento comercial (v.g., *door-to-door*, catálogo, telefone, *teleshopping*), essa demonstração de que o consentimento racional do consumidor foi efetivamente afetado. Sempre bastou, para a incidência do direito de arrependimento, a simples circunstância de a contratação ter se dado fora do estabelecimento comercial do vendedor, sendo irrelevantes, como afirma Peter Rott, tanto o “*state of mind of the consumer*” (demonstração de que o consumidor efetivamente comprou por impulso), como também o “*state of mind of the trader*” (que corresponderia, aqui, ao dolo de induzir o consumidor a efetivar uma compra emocional)<sup>52</sup>. Ora, se esse sempre foi o raciocínio aplicado em relação a compras feitas fora do estabelecimento, não se imagina por que a solução deveria ser diversa em relação ao comércio eletrônico apenas.

<sup>48</sup> PARENTONI, Leonardo N. Direito de arrependimento na internet e estabelecimento virtual. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://bit.ly/2EIPUP7>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>49</sup> COELHO, 2007, p. 7-14.

<sup>50</sup> Entre esses fatores estão, vale lembrar, os [1] métodos agressivos, invasivos e personalizados de publicidade utilizados na internet, [2] a extrema facilidade de adquirir produtos e serviços mediante alguns cliques (potencializada pela ansiedade típica do “turboconsumidor” contemporâneo), e, por fim, [3] a desatenção dos consumidores, dolosamente induzida pelos fornecedores, em relação aos termos contratuais impostos nos contratos de adesão.

<sup>51</sup> EBERLIN, op. cit., p. 67-70; SANTIAGO Y CALDO, op. cit., p. 74-75.

<sup>52</sup> ROTT; TERRY, op. cit., p. 242-243.



Como arremate, cabe repisar que essas três posições restritivas ([i], [ii] e [iii]), padecem, ainda, de um vício comum, já exaustivamente tratado no subitem anterior: estabelecem distinções onde a lei não distingue e ignoram o termo “sempre”, como se este não tivesse sido intencionalmente inserido pelo legislador na redação do art. 49 do CDC.

### 3.4. Limites ao direito de arrependimento nos contratos eletrônicos: o exercício inadmissível de posição jurídica

Dizer que o direito de arrependimento é aplicável ao *e-commerce* em geral, tanto segundo uma interpretação gramatical do art. 49 do CDC, como também segundo uma interpretação teleológica da mesma norma, como fizemos até aqui, não significa que tal direito seja absoluto e que não encontre nenhuma exceção ou limite no ordenamento.

Há muito a doutrina e a jurisprudência reconhecem que inexitem direitos absolutos ou ilimitados<sup>53</sup>, o que, segundo Teresa Ancona Lopez, teria levado à redefinição do próprio conceito de direito subjetivo: de “poder absoluto de agir” para “poder relativo de agir”<sup>54</sup>. Se isso é verdadeiro inclusive para direitos fundamentais de estatura constitucional, conforme vários arestos do Supremo Tribunal Federal<sup>55</sup>, *a fortiori* também é verdadeiro para direitos de natureza privada, como é o caso do direito de retratação em análise.

Nesse contexto, apesar da interpretação abrangente que vem sendo conferida ao art. 49 do CDC neste estudo, especialmente no que toca ao comércio eletrônico, é evidente que haverá situações em que a invocação desse direito potestativo pelo consumidor mostrar-se-á abusiva, por exceder manifestamente, nos termos do art. 187 do Código Civil, “os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Embora o instituto do abuso de direito tenha sido construído em torno do conceito de direito subjetivo, entende-se atualmente que também se aplica a outras posições jurídicas, como o direito potestativo (categoria na qual se enquadra, como visto, o direito de arrependimento do art. 49 do CDC)<sup>56</sup>. Menezes Cordeiro, por essa razão, defende que o abuso de direito deve ser tratado, de forma mais ampla, como “exercício inadmissível de posição jurídica”<sup>57</sup>. Nas palavras do referido autor:

*O exercício inadmissível, por disfuncionalidade face ao sistema, foi fixado com referência ao direito subjetivo; nessa base surgiu, aliás, a doutrina inicial do abuso de direito. O tratamento típico dos exercícios ditos abusivos mostrou que o fenômeno pode ocorrer em situações irredutíveis a direitos subjetivos num sentido estrito: poderes, faculdades, direitos potestativos e outras realidades colocam-se, em certas circunstâncias, perante o sistema, numa sequência tal que a sua actuação, contrariando a boa-fé, torna-se, na linguagem do Código, ilegítima<sup>58</sup>.*

<sup>53</sup> LEVADA, Cláudio A. Soares. Anotações sobre o abuso de direito. In: MENDES, Gilmar F.; STOCO, Rui (org.). *Doutrinas essenciais: direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV, p. 659.

<sup>54</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações – Abuso do direito. In: MENDES, Gilmar F.; STOCO, Rui (org.). *Doutrinas essenciais: direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV, p. 999-1000.

<sup>55</sup> S.T.F., HC 93.250, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 10/06/2008; S.T.F., RE 455.283 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. em 28/03/2006; S.T.F., ADI 2.566 MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. em 22/05/2002.

<sup>56</sup> Para uma diferenciação entre direito subjetivo e direito potestativo, ver subitem 2.1.

<sup>57</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 879.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 898.

Elemento central na definição dos limites do exercício de qualquer posição jurídica – e não poderia ser diferente em relação ao direito potestativo de arrependimento – é a cláusula geral da boa-fé objetiva, compreendida, na lição de Judith Martins-Costa, como *standard* de conduta fundado na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do *alter*, através do respeito às expectativas legitimamente geradas<sup>59</sup>. Vale lembrar que, além de impor limites ao exercício de posições jurídicas (art. 187 do CC), a boa-fé objetiva atua, ainda, em nosso ordenamento, como cânone hermenêutico (art. 113 do CC) e como fonte criadora de deveres acessórios (art. 422 do CC)<sup>60</sup>.

No microsistema do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé é instrumento de harmonização e compatibilização da proteção ao consumidor com os interesses do fornecedor (art. 4º, III)<sup>61</sup>, sendo, portanto, uma via de mão dupla, um padrão de retidão exigido tanto do fornecedor, como também do consumidor. Isso é importante salientar, para que não se tenha a caolha visão de que a boa-fé, nas relações de consumo, atua unicamente em favor do consumidor.

Justamente porque a boa-fé é padrão de probidade que também se exige do consumidor, não se pode admitir o exercício do direito de retratação em condições desleais, com desconsideração aos interesses e expectativas legítimas da parte contrária (fornecedor), pois isso configuraria abuso de direito, e, portanto, ato ilícito (art. 187 do CC).

Vários exemplos podem ser pensados nesse sentido, no âmbito do comércio eletrônico:

*(a) Aquisição de gênero alimentício que rapidamente fique fora do prazo para consumo. Neste caso, quando efetivada a devolução ao fornecedor, após a retratação em sete dias, é provável que o produto já esteja impróprio para o consumo ou que seja inviável sua venda dentro do prazo de validade;*

*(b) Aquisição de bens de higiene lacrados, que, após abertos, não possam mais ser utilizados por outras pessoas, por motivos de saúde (v.g., sabonete, xampu, escova de dentes);*

*(c) Aquisição de conteúdos digitais sem suporte material que se integrem aos dispositivos dos usuários (softwares, filmes, aplicativos, etc.). Se admitida a retratação nesses casos, haveria, em tese, enriquecimento sem causa em favor do consumidor<sup>62</sup>;*

*(d) Se o serviço contratado já foi totalmente executado. Apesar de a redação do art. 49 do CDC indicar o contrário<sup>63</sup>, seria um contrassenso admitir a revogação da contratação após o serviço ter sido integralmente prestado<sup>64</sup>.*

<sup>59</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

<sup>60</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, Código Aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153.

<sup>61</sup> Art. 4º. [...]

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

<sup>62</sup> DE LUCCA, op. cit., p. 272.

<sup>63</sup> Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 07 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço [...].

<sup>64</sup> GOMIDE, op. cit., p. 33.

Não é à toa que, em todas essas hipóteses, o direito de retratação foi expressamente afastado pela Diretiva 2011/83/UE, que regulamenta a matéria no âmbito da União Europeia (art. 16, alíneas “d”, “e”, “m”, “a”, respectivamente).

No item 2 deste trabalho, o art. 49 do CDC foi analisado em seus aspectos estrutural e funcional. No item 3, estabeleceram-se premissas válidas, no que se refere ao direito de arrependimento, para os contratos eletrônicos em geral. Agora, no item 4, que encerra este trabalho, é hora de aplicar as conclusões obtidas nos itens anteriores a um tipo específico de contrato eletrônico, qual seja o de compra de passagens aéreas pela internet.

#### 4. Compra de passagens aéreas pela internet. Aplicabilidade do art. 49 do CDC. Limites derivados da boa-fé objetiva

##### 4.1. De um lado, a regulação da ANAC. De outro, a jurisprudência majoritária dos tribunais

Na introdução deste estudo, mencionou-se que, em relação aos bilhetes vendidos pela internet, as principais companhias aéreas brasileiras ignoram ostensivamente o art. 49 do CDC, chegando ao ponto de negar, para as tarifas promocionais, qualquer reembolso aos passageiros em caso de desistência. Fazem isso, como já dito, com o beneplácito da agência reguladora (ANAC), que, na recente Resolução nº 400, de 13/12/2016, consagrou uma liberdade quase absoluta para as empresas aéreas fixarem as condições de reembolso. Superado o prazo de 24 horas a contar do recebimento do comprovante da compra, no qual o passageiro poderia desistir da viagem sem qualquer ônus (art. 11),<sup>65</sup> o único limite estabelecido pela Resolução é o de que a multa contratual não ultrapasse o valor do próprio serviço de transporte aéreo (art. 9º)<sup>66,67</sup>.

Ocorre, porém, que, como demonstrado no decorrer do item anterior, o direito potestativo de arrependimento é aplicável ao *e-commerce* em geral, tanto segundo uma interpretação gramatical do art. 49 do CDC (no qual se lê o termo “sempre”, sem ressalvas), como também segundo uma interpretação teleológica da mesma norma ([i] impossibilidade de o consumidor examinar o bem de perto, de tocá-lo e de vê-lo em funcionamento, bem como, principalmente, pela [ii] necessidade de proteger o consumidor contra contratações “emocionais” ou “por impulso”).

Embora o primeiro fundamento não se aplique na hipótese (na medida em que irrelevante o prévio manuseio pelo consumidor do bilhete impresso, cada vez mais raro e dispensável), o segundo fundamento mostra-se absolutamente pertinente para as compras de passagens aéreas pela internet, não se justificando, assim, exceção ao raciocínio construído para o *e-commerce* em geral.

Com efeito, é fato notório que empresas aéreas utilizam-se maciçamente de *banners*, *pop-ups* e *spams* para fazer publicidade na internet, bem como de *links* patrocinados em

<sup>65</sup> Art. 11. O usuário poderá desistir da passagem aérea adquirida, sem qualquer ônus, desde que o faça no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, a contar do recebimento do seu comprovante.

<sup>66</sup> Art. 9º. As multas contratuais não poderão ultrapassar o valor dos serviços de transporte aéreo.

<sup>67</sup> Antes da Resolução nº 400, de 13/12/2016, a Portaria nº 676/GC-5 da ANAC, de 13/11/2000, já dispunha, em seu art. 7º, §2º, que “o reembolso de bilhete adquirido mediante tarifa promocional obedecerá às eventuais restrições constantes das condições de sua aplicação.”

buscadores (como o Google e o Bing, por exemplo), para que seus *sites* apareçam em lugar de destaque, no topo da primeira página, quando os usuários efetuam pesquisas por assuntos relacionados a viagens.

Também é certo que direcionam anúncios personalizados de seus voos a potenciais compradores, com base em dados de navegação coletados dos próprios usuários, notadamente através dos chamados *cookies*. Como já tivemos oportunidade de comentar, é por conta desses *cookies* – pequenos arquivos instalados no computador quando os *sites* são acessados, formando uma espécie de “rastros” na *web* – que um usuário começará a ser perseguido com anúncios de passagens aéreas para Paris após ter feito uma busca por pontos turísticos, restaurantes ou hotéis dessa cidade ou mesmo após ter iniciado (porém sem finalizar) uma compra de bilhete aéreo para esse destino no *site* de uma companhia<sup>68</sup>.

Outrossim, é prática habitual dessas empresas promover “ofertas-relâmpago” de passagens aéreas em seus *sites*, com preços promocionais que duram poucos dias, ou até mesmo algumas horas apenas. Nesses casos, o consumidor, impelido por avisos do tipo “restam apenas X assentos com essa tarifa” ou por cronômetros de contagem regressiva, tende a passar de forma acelerada e irrefletida pelas várias etapas para conclusão da venda, com receio de que o preço promocional se esgote durante esse trajeto. Da mesma forma, não são raros os casos de consumidores que, nessas “ofertas-relâmpago”, adquirem açodadamente passagens aéreas para aproveitar o bom preço, sem se darem conta, por exemplo, de outros compromissos já agendados para a mesma data, da inviabilidade de saírem de férias naquele período específico ou mesmo da possibilidade de enfrentarem circunstâncias adversas no destino escolhido (época de frio extremo no local, de chuvas torrenciais, de risco de furacões etc.).

Ademais, na venda de passagens aéreas pela internet, a exemplo do que ocorre em outras plataformas on-line de fornecimento de produtos ou serviços, o consumidor é dependente das informações que o fornecedor escolhe transmitir em seu *site*, podendo utilizar-se, quando muito, de canais de *telemarketing* ou de *webchat* para sanar suas dúvidas. Ao contrário das promoções e das fotos paradisíacas dos destinos, apresentadas em destaque e de forma sempre atraente, as condições gerais do contrato, as restrições de bagagem e as próprias multas abusivas em caso de desistência do consumidor são apresentadas em formatos que desestimulam a leitura, com textos longos e letras miúdas, e que dificultam a localização da informação desejada (acessíveis, quase sempre, apenas após percorrer-se um verdadeiro “labirinto de cliques”).

Todos esses fatores concorrem para induzir contratações irrefletidas, justificando, assim, a incidência plena do art. 49 do CDC, apenas com os limites derivados do eventual exercício abusivo do direito, não diferente do que ocorre em relação ao *e-commerce* em geral.

Logo, não obstante a Resolução nº 400 e a Portaria nº 676/GC-5, ambas da ANAC, autorizarem multas de até 100% do valor do trecho em caso de desistência do passageiro manifestada após o prazo de 24 horas, deve ser reconhecido ao consumidor, com fundamento no art. 49 do CDC, o direito potestativo de desistir do contrato, sem qualquer ônus, no prazo de sete dias a contar do recebimento do comprovante de emissão da passagem eletrônica, pela simples razão de que preceitos regulamentares infralegais não podem, à evidência, sobrepor-se às normas do Código de Defesa do Consumidor<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 51.

<sup>69</sup> TJRS, Ap. nº 70073734469, 11ª Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, j. em 13/09/2017.

Diferente seria a situação se a lei conferisse expressamente à agência reguladora poder normativo para dispor, em relação aos bilhetes aéreos, de forma diversa daquela fixada no art. 49 do CDC. É o que se pretende fazer, por exemplo, através do PLS 281/12, já aprovado no Senado e remetido à Câmara dos Deputados para revisão, o qual, ao propor alterações no CDC em relação ao comércio eletrônico, sugere a inclusão de um artigo 49-A especialmente voltado ao transporte aéreo de passageiros:

*Art. 49-A. Sem prejuízo do direito de rescisão do contrato de transporte aéreo antes de iniciada a viagem, nos termos do art. 740, §3o, da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), o exercício do direito de arrependimento do consumidor de passagens aéreas poderá ter seu prazo diferenciado, em virtude das peculiaridades do contrato, por norma fundamentada das agências reguladoras<sup>70</sup>.*

Todavia, enquanto não sobrevém tal alteração legislativa – que, no mérito, parece-nos absolutamente inadequada, ante a exposição concreta dos consumidores, nesse mercado, a contratações “emocionais” ou “por impulso” – não se pode conferir qualquer eficácia normativa aos dispositivos mencionados da Resolução nº 400 e da Portaria nº 676/GC-5 da ANAC, pois *contra legem*.

Nesse contexto, devem ser reputadas nulas de pleno direito, por ofensa a norma cogente (art. 49 do CDC), todas as cláusulas dos contratos de transporte aéreo de passageiros que vedem o exercício do direito de arrependimento pelos consumidores, bem como que estabeleçam multas, taxas de reembolso ou descontos nos valores a serem restituídos quando exercido esse direito (art. 166, VI e VII, do CC/2002, e art. 51, II, do CDC)<sup>71</sup>.

Ressalte-se que o entendimento ora esposado, no sentido da aplicabilidade do direito de arrependimento às compras de passagens aéreas pela internet, é majoritário nos Tribunais brasileiros, resultando na condenação das companhias à restituição integral, com encargos moratórios, dos valores pagos pelos bilhetes (ou da diferença, se já operada anteriormente a devolução parcial). Interessante mencionar que parcela significativa desses julgados vai além, reconhecendo também o dano moral, *in re ipsa*, pela simples negativa da empresa aérea de efetuar espontaneamente a devolução integral do preço pago após o exercício pelo consumidor da faculdade do art. 49 do CDC<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> O projeto de lei, nesse ponto, consagra hipótese do que tem sido chamado, pela doutrina, de “deslegalização”: técnica pela qual o Poder Legislativo rebaixa formalmente o grau normativo de uma matéria, transferindo ao Executivo o poder de modificá-la por regulamento (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 915).

<sup>71</sup> Os artigos referidos já foram transcritos nas notas de rodapé 13 e 14 deste trabalho.

<sup>72</sup> Reconhecendo a aplicabilidade do art. 49 do CDC na hipótese, todavia sem dano moral, confirmam-se os seguintes julgados: TJSP, Ap. nº 1018306-54.2015.8.26.0008, Rel. Walter Fonseca, 11ª Câmara de Direito Privado, j. em 14/09/2017; TJSP, Ap. nº 1021139-89.2016.8.26.0564, Rel. Daniela Menegatti Milano, 16ª Câmara de Direito Privado, j. em 30/05/2017; TJSP, Ap. nº 1005861-21.2013.8.26.0704, Rel. Mourão Neto, 24ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, j. em 27/03/2017; TJSP, Ap. nº 1011381-68.2015.8.26.0161, Rel. Ramon Mateo Júnior, 12ª Câmara de Direito Privado, j. em 10/03/2017; TJSP, Ap. nº 1025522-14.2014.8.26.0554, Rel. Afonso Bráz, 17ª Câmara de Direito Privado, j. em 25/10/2016; TJSP, Ap. nº 1015106-79.2014.8.26.0006, Rel. Antonio Luiz Távares de Almeida, 11ª Câmara de Direito Privado, j. em 16/06/2016; TJRS, Ap. nº 70073734469, 11ª Câmara Cível, Rel. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, j. em 13/09/2017; TJRJ, Ap. nº 0021498-36.2014.8.19.0042, Rel. Maria Luiza de Freitas Carvalho, 27ª Câmara Cível-Consumidor, j. em 21/01/2016.

Reconhecendo também a ocorrência de dano moral pela não devolução espontânea dos valores pagos, confirmam-se os seguintes arestos: TJSP, Ap. no 0085255-16.2012.8.26.0224, Rel. Sá Moreira de Oliveira, 33ª Câmara de Direito Privado, j. em 13/02/2017; TJSP, Ap. no 1001570-65.2015.8.26.0038, Rel. Ana Catarina Strauch, 27ª Câmara de Direito Privado, j. em 22/11/2016; TJSP, Ap. no 1006403-55.2015.8.26.0482, Rel. Melo Colombi, 14ª Câmara de Direito Privado, j. em 09/11/2016;

Não se ignora, todavia, a existência de respeitável corrente contrária à aplicação do direito de arrependimento na hipótese. O argumento mais frequente nesses julgados é o de que o adquirente de passagem aérea pela internet dispõe de todas as informações relevantes no momento da compra (classe, horário, tarifa, limites de bagagem etc.), em condições equivalentes às de quem opta por celebrar o contrato em uma loja física. Não haveria risco, em suma, de o bem entregue não corresponder às expectativas iniciais do consumidor: este não pode esperar mais do que o transporte para o destino escolhido, na classe escolhida, no horário indicado, com os limites especificados de bagagem (ao contrário do que ocorre, por exemplo, em relação a roupas, joias ou eletrodomésticos adquiridos pela internet)<sup>73</sup>. O erro deste raciocínio está, como se percebe, em partir da premissa de que o art. 49 do CDC destina-se apenas a resguardar o consumidor que, ao adquirir fora do estabelecimento comercial, não pôde examinar o produto ou serviço de perto (e que, por conta disso, teria um déficit informacional). Entretanto, a norma tem um segundo fundamento, mais abrangente – proteger o consumidor contra contratações “emocionais” ou “por impulso” – sendo que, como demonstrado, os fatores que fomentam contratações desse tipo são uma constante no *e-commerce* em geral e no comércio de passagens aéreas pela internet em particular.

Outros argumentos frequentes nesses julgados são de ordem consequencialista, procurando apontar supostos efeitos negativos que decorreriam da aplicação do direito de retratação nesse mercado. Afirma-se, nessa linha, por exemplo, que a aplicação do art. 49 do CDC carrearía para as companhias aéreas, em um primeiro momento, “todos os prejuízos decorrentes do ato voluntário do adquirente, pela dificuldade ou impossibilidade de reocupação dos assentos ociosos, em tempo hábil, por outros passageiros”<sup>74</sup>, sendo que o resultado disso, a médio ou longo prazo, seria uma “reavaliação das tarifas, com uma projeção destes riscos que o exercício do direito de arrependimento por parte dos consumidores traria”<sup>75</sup>.

Tais argumentos *ad terrorem* também não convencem.

Primeiro, porque a simples análise das consequências não pode subverter o resultado da interpretação gramatical e teleológica da norma (art. 49 do CDC), que apontam, ambas, para a aplicabilidade do direito de arrependimento à compra de passagens aéreas pela internet.

Segundo, porque, como bem salientou o Ministro Mauro Campbell Marques, no julgamento do REsp 1.340.604/RJ, é natural que eventuais prejuízos decorrentes das desistências sejam suportados pelos fornecedores, que optam por realizar negócios pela internet mesmo sabendo da possibilidade de serem revogados unilateralmente pelos consumidores. Se continuam a praticá-los, mesmo em face dessa possibilidade, é porque

---

TJSP, Ap. no 0059356-14.2010.8.26.0506, Rel. Sebastião Junqueira, 19ª Câmara de Direito Privado, j. em 18/08/2014; TJRJ, Ap. no 0041297-94.2015.8.19.0021, Rel. Sandra Santarém Cardinali, 26ª Câmara Cível-Consumidor, j. em 20/10/2016; TJRJ, Ap. no 0001024-93.2015.8.19.0079, Rel. João Batista Damasceno, 27ª Câmara Cível-Consumidor, j. em 27/11/2015; TJRS, Ap. no 70073110660, Rel. Guinther Spode, 12ª Câmara Cível, j. em 31/08/2017.

<sup>73</sup> Utilizando-se desse argumento: TJRJ, Ap. nº 0354231-42.2013.8.19.0001, Rel. Murilo A. Kieling Cardona Pereira, 23ª Câmara Cível-Consumidor, j. em 06/07/2015; TJRJ, Ap. nº 0040776-88.2010.8.19.0001, 16ª Câmara Cível, Rel. Marco Aurélio Bezerra de Melo, j. em 13/01/2013; TJSP, Recurso Inominado nº 1016959-98.2015.8.26.0003, Rel. Debora Romano Menezes, 3ª Turma Recursal Cível – Santo Amaro, j. em 31/03/2017; TJSP, Recurso Inominado nº 1001739-63.2015.8.26.0002, Rel. Marcela Raia de Sant’Anna, 3ª Turma Recursal Cível – Santo Amaro, j. em 20/05/2016.

<sup>74</sup> TJRJ, Ap. nº 0354231-42.2013.8.19.0001, Rel. Murilo A. Kieling Cardona Pereira, 23ª Câmara Cível-Consumidor, j. em 06/07/2015;

<sup>75</sup> TJRS, Recurso Inominado nº 71006086474, Rel. Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe, 2ª Turma Recursal Cível do Estado do Rio Grande do Sul, j. em 06/07/2016.



concluíram que as vantagens auferidas (redução de custos, incremento de mercados, ganhos de eficiência etc.) suplantam os ônus das eventuais desistências<sup>76</sup>.

Terceiro, porque o exercício do direito de desistência só implica prejuízo efetivo para a companhia aérea se, cumulativamente, [i] o assento não for revendido a outro consumidor e [ii] se o voo em questão já estiver completamente lotado, realidade que não se observa na maioria dos voos domésticos no Brasil<sup>77</sup>. Afinal, havendo outros assentos vagos no mesmo avião, não faz sentido a empresa alegar que o consumidor desistente impediu-a de revender aquele assento específico. Isso sem contar a possibilidade de a companhia praticar *overbooking*, que é a venda de número superior de bilhetes em relação à capacidade de assentos da aeronave, situação na qual eventual desistência também não lhe traria qualquer prejuízo.

Quarto, e não menos importante, eventuais impactos negativos da retratação ainda são minimizados pelo instituto do abuso de direito (art. 187 do CC), que veda o exercício do direito de arrependimento em circunstâncias desleais, quando se evidenciar desconsideração aos interesses e expectativas legítimas do fornecedor. Voltaremos a este assunto adiante.

#### 4.2. Art. 49 do CDC e art. 740 do CC. Diálogo entre fontes

Firmada a tese da incidência do art. 49 do CDC na hipótese, é hora de analisar como essa norma se conecta com o art. 740 do CC, preceito aplicável a todas as modalidades de transporte de pessoas (aéreo, rodoviário, ferroviário etc.), ainda que não configurada relação de consumo:

*Art. 740. O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada.*

*§ 1o Ao passageiro é facultado desistir do transporte, mesmo depois de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar.*

*§ 2o Não terá direito ao reembolso do valor da passagem o usuário que deixar de embarcar, salvo se provado que outra pessoa foi transportada em seu lugar, caso em que lhe será restituído o valor do bilhete não utilizado.*

*§ 3o Nas hipóteses previstas neste artigo, o transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória.*

Vamos nos concentrar, aqui, nas disposições do caput e do §2º.

O *caput* do art. 740 do CC, como se percebe, amplia o direito de retratação do consumidor, na medida em que não mais limita seu exercício ao prazo de sete dias (como faz o art. 49 do CDC), exigindo apenas que a comunicação ao transportador seja feita em

<sup>76</sup> STJ, REsp 1.340.604/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 15/08/2013.

<sup>77</sup> A taxa de ocupação média das aeronaves, em fevereiro de 2017, foi de 79,1%, segundo dados da ANAC (DEMANDA e oferta doméstica permanecem em recuo em fevereiro. *Agência Nacional de Aviação Civil*. Disponível em: <http://bit.ly/30Xlq4g>. Acesso em: 6 nov. 2017).



tempo de a passagem ser renegociada. A restituição, nessas condições, corresponderá a 95% do valor do bilhete (§3º).

O §2º prescreve, por sua vez, que o passageiro também tem direito à restituição de 95% do valor da passagem mesmo na hipótese em que deixou de embarcar (o chamado “no-show”), desde que “provado que outra pessoa foi transportada em seu lugar”.

Coordenando os três preceitos (art. 49 do CDC e art. 740, *caput* e §2º, do CC), em uma interpretação sistemática marcada pelo “diálogo das fontes”<sup>78</sup>, chega-se ao seguinte quadro: [i] se o consumidor, tendo celebrado o contrato de transporte fora do estabelecimento comercial do vendedor (pela internet, inclusive), exercer o direito de arrependimento no prazo de 07 dias, contado da emissão do comprovante, fará jus à devolução integral do preço pago; [ii] se o passageiro, independentemente de ter celebrado o contrato de transporte dentro ou fora do estabelecimento comercial do fornecedor, comunicar a desistência em tempo de a passagem ser renegociada, fará jus à devolução de 95% do valor pago; [iii] se o passageiro, tendo contratado dentro ou fora do estabelecimento comercial, efetuar a desistência em momento posterior (quando, em tese, não haveria mais tempo hábil para renegociar a passagem) ou sequer aparecer para embarcar (no-show), só terá direito à restituição de 95% do valor pago “se provado que outra pessoa foi transportada em seu lugar”.

Essa interpretação coordenada dos dispositivos referidos já foi acolhida pelas Cortes brasileiras, que, em diversos precedentes, reconheceram o direito ao reembolso de 95% do preço pago a consumidores que desistiram do contrato após o prazo de reflexão de sete dias do art. 49 do CDC, mas ainda em tempo de a passagem ser renegociada pela companhia aérea (art. 740, *caput*, do CC)<sup>79</sup>.

Mas qual seria esse tempo hábil para que a passagem seja renegociada? Aqui, na falta de outro parâmetro fixado em lei e para que não se deixe a matéria ao puro alvitre do julgador, gerando insegurança jurídica, entendemos adequada a aplicação do prazo mínimo de sete dias em relação à data de embarque, estabelecido no parágrafo único do art. 11 da Resolução nº 400 da ANAC<sup>80</sup>. Embora, como já visto, o *caput* do referido artigo não possa ser aplicado, pois *contra legem*, o parágrafo único serve como parâmetro razoável do prazo hábil para a empresa revender o bilhete, pois foi pensado exatamente para esse fim, além de não ser manifestamente prejudicial ao consumidor<sup>81</sup>. Superado esse prazo, o passageiro só fará jus à devolução de 95% do preço pago se demonstrado que outra pessoa foi efetivamente transportada em seu lugar (art. 740, § 2º).

<sup>78</sup> Acerca do diálogo entre o CDC e o CC/2002 especificamente, ver: MARQUES, op. cit., p. 663-695.

<sup>79</sup> TJSP, Ap. nº 1006403-55.2015.8.26.0482, Rel. Melo Colombi, 14ª Câmara de Direito Privado, j. em 09/11/2016; TJRJ, Ap. nº 0506303-77.2014.8.19.0001, Rel. Maria Luiza de Freitas Carvalho, 27ª Câmara Cível-Consumidor, j. em 31/08/2016; TJRJ, Ap. nº 0003972-11.2012.8.19.0209, Rel. Maria Luiza de Freitas Carvalho, 27ª Câmara Cível-Consumidor, j. em 15/06/2016.

<sup>80</sup> Art. 11. O usuário poderá desistir da passagem aérea adquirida, sem qualquer ônus, desde que o faça no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, a contar do recebimento do seu comprovante.  
Parágrafo único. A regra descrita no caput deste artigo somente se aplica às compras feitas com antecedência igual ou superior a 7 (sete) dias em relação à data de embarque.

<sup>81</sup> Aplicando o prazo de 07 dias em relação à data de embarque, de forma semelhante à sugerida neste texto, confirma-se o seguinte precedente: “Situações como a examinada exigem a análise da questão com bom senso, permitindo-se o arrependimento (desistência) da compra da passagem aérea em até 7 dias antes da data do embarque, o que não prejudica o polo demandado, que, estreme de dúvidas, teve como gerir a desistência do assento vendido e renunciado.” (TJRS, Ap. nº 70073110660, Rel. Guinther Spode, 12ª Câmara Cível, j. em 31/08/2017)

### 4.3. Retratação na compra de passagens aéreas pela internet. Situações de exercício inadmissível

Por fim, resta fazer algumas considerações acerca dos limites do exercício do direito potestativo de arrependimento, na hipótese específica do adquirente de passagem aérea pela *web*.

Como já dito no item anterior em relação ao *e-commerce* em geral (subitem 3.4), justamente porque a boa-fé é padrão de probidade que também se exige do consumidor, e também porque inexistem direitos absolutos ou ilimitados, não se admite o exercício do direito de retratação do art. 49 do CDC em condições desleais, com desconsideração aos interesses e expectativas legítimas da parte contrária (fornecedor), pois isso configuraria abuso de direito, e, portanto, ato ilícito (art. 187 do CC).

Uma primeira situação de claro exercício abusivo seria a invocação do direito de arrependimento após o serviço ter sido integralmente prestado e usufruído pelo passageiro. Embora a redação do art. 49 do CDC possa indicar o contrário em uma leitura apressada<sup>82</sup>, seria um contrassenso admitir a revogação da contratação após o passageiro já ter efetuado a viagem<sup>83</sup>. Para não gerar enriquecimento sem causa em favor do consumidor, em tais condições, a restituição dos valores pagos teria de ser acompanhada de um ressarcimento das despesas do fornecedor com o transporte, o que não faz nenhum sentido (seria, como no dito popular, “tirar com uma mão, para dar com a outra”).

Uma segunda situação de exercício inadmissível do art. 49 do CDC seria sua invocação às vésperas do embarque, quando não houver mais tempo hábil para o bilhete ser revendido, notadamente se o voo já estiver lotado. Ao contrário do art. 740 do CC<sup>84</sup>, o art. 49 do CDC não estabelece expressamente um limite temporal para o exercício do direito de retratação que tome por base a data do embarque (seu limite de sete dias é contado, como visto, do recebimento do comprovante de emissão da passagem). Assim, pela literalidade do art. 49 do CDC, o consumidor que adquire a passagem nos sete dias que antecedem o voo poderia desistir do contrato, sem qualquer ônus, até o momento do embarque. Tal leitura não estaria, entretanto, em consonância com a boa-fé objetiva, na medida em que o consumidor que assim agisse estaria atuando de forma egoísta, com prejuízo à companhia aérea, impedida, na prática, de revender o assento (especialmente, como apontado no subitem 4.1, se o voo já estiver lotado). Mais uma vez, parece-nos que um parâmetro adequado, para se ponderar se há ou não exercício inadmissível do direito, seria o estabelecido no parágrafo único do art. 11 da Resolução nº 400 da ANAC (antecedência mínima de 07 dias em relação à data de embarque). Se acolhido tal posicionamento, o direito de arrependimento do art. 49 do CDC não poderia ser exercido nem depois de superado o prazo de sete dias contado do recebimento do comprovante, nem nos sete dias que antecedem o embarque<sup>85</sup>. O passageiro que desistisse do voo sem

<sup>82</sup> Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 07 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço [...].

<sup>83</sup> Se a hipótese é de no-show, ao invés, a matéria é regulada pelo §2º do art. 740 do CC, como visto.

<sup>84</sup> Art. 740. O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada.

<sup>85</sup> No sentido ora defendido, confira-se o seguinte aresto: “Fosse assim, o serviço já prestado – transporte aéreo – poderia ser objeto de arrependimento em até 7 dias após a sua fruição, o que seria absurdo. Ou, comprada a passagem 3 dias antes do embarque, como é o caso dos autos e, portanto, não ultrapassados os 7 dias estipulados como sendo o da assinatura do

observar esse prazo mínimo em relação ao voo só poderia pleitear a devolução de 95% do preço pago se demonstrado que outra pessoa foi efetivamente transportada em seu lugar (art. 740, § 2º).

## 5. Conclusões

- a) O direito potestativo de arrependimento é aplicável ao *e-commerce* em geral, e à compra de passagens aéreas pela internet em particular, tanto segundo uma interpretação gramatical do art. 49 do CDC, como também segundo uma interpretação teleológica da mesma norma.
- b) Todavia, porque a boa-fé é padrão de retidão que também se exige do consumidor, não se pode admitir o exercício desse direito em condições desleais, com desconsideração aos interesses e expectativas legítimas do fornecedor (art. 187 do CC).
- c) Coordenando os artigos 49 do CDC e 740, *caput* e §2º, do CC, em uma interpretação sistemática marcada pelo “diálogo das fontes”, bem como aplicando os limites do art. 187 do CC à hipótese, chega-se ao seguinte quadro final: [i] se o consumidor, tendo celebrado o contrato de transporte aéreo fora do estabelecimento comercial (pela internet, inclusive), exercer o direito de arrependimento no prazo de 07 dias contado da emissão do comprovante, desde que também o faça com antecedência mínima de 07 dias em relação à data do embarque (parágrafo único do art. 11 da Resolução nº 400 da ANAC), fará jus à devolução integral do preço pago; [ii] se o passageiro, independentemente de ter celebrado o contrato de transporte dentro ou fora do estabelecimento comercial do fornecedor, comunicar a desistência em tempo de a passagem ser renegociada (sugerimos aqui como parâmetro, mais uma vez, o prazo de 07 dias fixado no parágrafo único do art. 11 da Resolução nº 400 da ANAC), fará jus à devolução de 95% do valor pago; [iii] se o passageiro, tendo contratado dentro ou fora do estabelecimento comercial, efetuar a desistência em momento posterior (nos sete dias que antecedem o voo, quando, em tese, não haveria mais tempo hábil para renegociar a passagem) ou sequer aparecer para embarcar (no-show), só terá direito à restituição de 95% do valor pago “se provado que outra pessoa foi transportada em seu lugar”.

## Bibliografia

AMARAL Jr., Alberto do; VIEIRA, Luciane Klein. As recentes alterações no direito brasileiro sobre o arrependimento nas relações de consumo estabelecidas por meios eletrônicos: legislação atual e norma projetada. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n. 90, p. 215-243, nov./dez. 2013.

---

contrato, facultar-se-ia ao consumidor exercer o direito de arrependimento, com indiscutível prejuízo do outro contratante (fornecedor do serviço de transporte aéreo). Neste caso, imperativo que se analise a questão com bom senso, permitindo-se o arrependimento (desistência) da compra da passagem aérea em até 7 dias antes da data do embarque, o que não prejudicará a companhia de aviação, que poderá gerir a desistência do assento vendido e renunciado. Por tal razão, tendo a recorrente desistido do negócio ‘em cima da hora’, razoável que pagasse a taxa de cancelamento cobrada e convencionada.” (TJRS, Ap. nº 70049155534, 12ª Câmara Cível, Rel. Ana Lúcia Carvalho P. V. Rebut, j. em 16/08/2012)

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 744, p. 733-738, out. 1997.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, Código Aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 148-158.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CALAIS-AULOY, Jean; TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 8, n. 48, p. 7-14, jul./ago. 2007.
- DE LUCCA, Newton. Direito de arrependimento no âmbito do comércio eletrônico. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Z. P. (coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 251-279.
- EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Contratação refletida na sociedade de consumo: o direito de arrependimento como proteção do consentimento do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 19, n. 76, p. 46-73, out./dez. 2010.
- FROTA, Mário. Os contratos eletrônicos na União Europeia e em Portugal. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa P. de (coord.). *Direito & internet III*: tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 569-607.
- GOMIDE, Alexandre Junqueira. O direito de arrependimento aos consumidores: modelo atual e as proposições do PLS 281/2012. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. III, n. 9, p. 30-49, mar. 2013.
- LEVADA, Cláudio A. Soares. *Anotações sobre o abuso de direito*. In: MENDES, Gilmar F.; STOCO, Rui. (org.). *Doutrinas essenciais: direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV, p. 651-663.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações – Abuso do direito. In: MENDES, Gilmar F.; STOCO, Rui. (org.). *Doutrinas essenciais: direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV, p. 997-1020.
- LORENZO, Miguel Federico de. Contrato de consumo y derecho al arrepentimiento. *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 2004-A, p. 790.
- MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor* (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

MITCHELL, Gregory. Why law and economics' perfect rationality should not be traded for behavioral law and economics' equal incompetence. *Georgetown Law Journal*, n. 91, p. 68-167, 2002.

PARENTONI, Leonardo N. Direito de arrependimento na internet e estabelecimento virtual. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://bit.ly/2EIPUP7>. Acesso em: 10 out. 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2006. t. V.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2006. t. XXXVIII.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

ROTT, Peter; TERRY, Evelyne. Right of Withdrawal and Standard Terms. In: MICHLITZ, Hans-Wolfgang; STUYCK, Jules; TERRY, Evelyne (eds.). *Cases, materials and text on consumer law*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

SANTIAGO Y CALDO, Diego. Limites ao direito de arrependimento do consumidor de produtos e serviços vendidos através da rede mundial de computadores. *Revista Síntese – Direito Civil e Processual Civil*, ano XII, n. 83, p. 63-77, maio-jun. 2013.

SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos no direito brasileiro – Formação dos contratos eletrônicos e direito de arrependimento. In: MELGARÉ, Plínio (org.). *O direito das obrigações na contemporaneidade – Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 41-59.

STAUDER, Bernd. Pacta sunt servanda et le droit de repentir. *Semaine Judiciaire*, v. 104, n. 31, p. 481-500, 1982.

# Cláusula atenuadora de responsabilidade

*Sérgio Shimura*<sup>1</sup>

Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo

*Tasso Duarte de Melo*<sup>2</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Princípios informativos da proteção contratual do consumidor; 2.1. Princípio da transparência; 2.2. Princípio da confiança; 2.3. Princípio da equidade contratual; 2.4. Princípio da boa-fé; 3. Cláusulas abusivas; 4. Cláusula atenuadora de responsabilidade; 4.1. Exemplo de responsabilidade do transportador; 4.2. Exemplos de responsabilidade na área da saúde; 4.3. Exemplo de responsabilidade das instituições financeiras; 4.4. Exemplos de responsabilidade na compra e venda de móveis e imóveis; 4.5. Exemplo de responsabilidade no contrato de seguro; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

## 1. Introdução

O Código Civil, ao disciplinar os contratos em geral, reza que as partes têm liberdade para estipular o objeto e as condições, mas sempre em obediência à função social do contrato e aos princípios da probidade e da boa-fé (art. 421 e 422, CC).

Em se tratando de relação consumerista, a proteção contratual fica mais evidente diante da eventual hipossuficiência, técnica ou econômica, do consumidor em face do fornecedor. Por essa razão, havendo cláusula ambígua ou contraditória, deve-se interpretar de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC).

Assim, se houver cláusula que gere dúvida de interpretação em contratos, por exemplo, de compra e venda, empréstimo, depósito, transporte, é de se conferir proteção ao consumidor.

Antes de abordar o tema das cláusulas atenuadoras de responsabilidade, devemos analisar o sistema de proteção e defesa do consumidor, especialmente os princípios informativos da proteção contratual do consumidor.

## 2. Princípios informativos da proteção contratual do consumidor

Conforme disposto no art. 4º, inc. III, o escopo do Código de Defesa do Consumidor é o equilíbrio nas relações de consumo, de modo a harmonizar e impor maior transparência às relações contratuais no mercado brasileiro.

---

<sup>1</sup> Mestre, Doutor e Livre-Docente pela PUC/SP. Professor nos Programas de Graduação e Pós-Graduação da PUC/SP e da Escola Paulista da Magistratura.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie. Professor de Cursos de Graduação e Pós-Graduação na FAAP. Coordenador da área de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura. Ex-Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo e do Tribunal Arbitral do Comércio do Estado de São Paulo.

Para alcançar estes objetivos, o sistema de proteção e defesa do consumidor instituiu informativos da proteção contratual, tanto no tocante à formação do contrato quanto no tocante à sua execução.

Esses princípios são o princípio da transparência, da confiança, da equidade e da boa-fé, os quais serão analisados a seguir.

## 2.1. Princípio da transparência

O primeiro princípio é o da transparência.

Este princípio está expresso no art. 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual:

*A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios [...].*

Ao instituir o princípio da transparência, o legislador teve como objetivo viabilizar a aproximação entre consumidor e fornecedor.

Sobre o tema, ensina Cláudia Lima Marques que:

*Transparência significa informação clara, precisa e correta sobre o produto ou serviço a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-processual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo<sup>3</sup>.*

Já Fábio Ulhoa Coelho enxerga neste princípio o fundamento do equilíbrio contratual:

*A oferta ou a veiculação de mensagem publicitária sobre um determinado produto ou serviço, seja ressaltando suas qualidades ou características, seja definindo condições e preços para sua aquisição, tem força vinculante a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor. Quem realizar a comunicação (oferta ou publicidade) ou quem se utilizar dela estará obrigado a contratar com observância do anunciado. A norma alcança tanto o fabricante que promove a publicidade de seu produto como o varejista que a invoca na hora da venda<sup>4</sup>.*

O princípio da transparência importa a obrigação do fornecedor prestar todas as informações sobre os serviços e produtos comercializados, bem como sobre os direitos e obrigações do consumidor.

Assim, com base no princípio da transparência, o consumidor pode optar de maneira consciente e equilibrada pela contratação ou não e, em contratando, exercitar adequadamente seus direitos no curso da execução do contrato.

---

<sup>3</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 206.

<sup>4</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 149.



## 2.2. Princípio da confiança

O segundo princípio é o da confiança.

Este princípio é a base do sistema de responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, sobre o qual se destaca a instituição da responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova *ope legis* e o dever do fornecedor de só colocar no mercado produtos e serviços seguros (fato) e adequados (vício).

Ademais, também em razão do princípio da confiança, o fornecedor tem o dever de informar os riscos dos produtos, se e quando de periculosidade inerente, restando ainda perenizados a responsabilidade solidária entre os fornecedores e o sistema de desconsideração da personalidade jurídica.

Confira-se a lição de Claudia Lima Marques:

*É o princípio da Confiança, instituído pelo CDC, para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica – fornecedora, para regular também aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor<sup>5</sup>.*

Na doutrina portuguesa, este princípio também é relacionado entre os princípios fundamentais de toda disciplina legal dos contratos, sendo assim definido por Antunes Varela:

*[...]o princípio da confiança, assente no stare pactis, segundo o qual cada contratante deve responder pelas expectativas que justificadamente cria, com a sua declaração de vontade, no espírito da contra parte<sup>6</sup>.*

Com efeito, anote-se que toda a fundamentação lógica do Código de Defesa do Consumidor é lastreada na função social do contrato.

Assim, tem-se que essa fundamentação transforma o contrato para além de um simples instrumento jurídico para movimento de riquezas no mercado de consumo, de modo a lastrear a realização dos interesses do consumidor, estabelecido através de um conjunto de regras de cunho interventivo, com o objetivo de proteger a parte vulnerável: o consumidor.

## 2.3. Princípio da equidade contratual

O terceiro princípio é o da equidade contratual.

Este princípio também remete para a nova ordem contratual, fundada na função social do contrato, que importa na necessidade do Estado intervir para proteger a parte contratualmente vulnerável.

Nesta medida, tem-se que o contrato é um instrumento de geração e distribuição de riqueza, e não um mero instrumento de garantia de direito de uma das partes contratantes.

<sup>5</sup> MARQUES, op. cit., p. 576.

<sup>6</sup> VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 237-238.

Esta intervenção se justifica sempre que se constatar desequilíbrio entre os direitos e os deveres contratualmente estabelecidos em uma relação de consumo.

Deste princípio resulta a proibição das cláusulas abusivas (art. 51) e a possibilidade de intervenção estatal para revisar, adequar ou modificar as cláusulas classificadas como abusivas.

Por isso, os princípios tradicionais da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos são mitigados, para prevalecer o princípio da equidade e da preservação do contrato, com a intervenção do Estado-Juiz para, sob o manto da equidade, afastar o desequilíbrio contratual e preservar a relação contratual.

Ao escrever sobre o princípio da equidade contratual, Paulo Luiz Netto Lôbo utiliza o termo “princípio da equivalência material” e ensina:

*O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir o desequilíbrio superveniente, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis<sup>7</sup>.*

Na mesma direção, Flávio Tartuce leciona:

*O Código de Defesa do Consumidor inseriu regra de que mesmo uma simples onerosidade excessiva ao consumidor, decorrente de fato superveniente, poderá ensejar a chamada revisão contratual (art. 6.º, inc. V). Nesse contexto, deve-se entender que o papel da função social do contrato está intimamente ligado ao ponto de equilíbrio que o negócio jurídico celebrado deve atingir e manter. Dessa forma, um contrato que traz onerosidade excessiva a uma das partes – considerada vulnerável – não está cumprindo o seu papel sociológico, necessitando de revisão pelo órgão judicante<sup>8</sup>.*

Assim, tem-se que o princípio da equidade contratual busca realizar e preservar o equilíbrio de direitos e deveres nas relações de consumo, de modo a harmonizar os interesses das partes envolvidas, com efetiva proteção do consumidor.

## 2.4. Princípio da boa-fé

O quarto e último princípio é o da boa-fé.

Este princípio foi elevado à condição de princípio geral do sistema de proteção contratual do consumidor e seu descumprimento insere-se no contexto de cláusula abusiva, o que a torna nula de pleno direito.

---

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros*. Coordenação de Aparecido Hernani Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003. p. 192.

<sup>8</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 45.

A cláusula geral da boa-fé, tal como definida no *caput* do art. 4º, deve ser vista dentro do esforço do Estado de regulação das relações de consumo.

Nesta medida, ao instituir os princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual, o Código de Defesa do Consumidor busca garantir a harmonia dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico.

Logo, a boa-fé contratual impõe para as partes contratantes o dever de agir com lealdade e honestidade, viabilizando também os princípios nos quais se funda a ordem econômica, nos termos do art. 170 da Constituição Federal.

Dentro deste comportamento exigido dos contratantes, pode-se inferir dois nortes básicos: o primeiro, em que se visa impedir a ocorrência de comportamentos desleais (obrigação de lealdade), e o segundo, no qual se busca relevar a cooperação entre os contratantes (obrigação de cooperação).

Portanto, a boa-fé cumpre as funções integrativa (deveres conexos: informação, cuidado, cooperação e lealdade), interpretativa e de controle contratual (elemento de validade das cláusulas contratuais).

Sobre o tema, destaque-se a lição de Flávio Tartuce:

*Da atuação concreta das partes é que surge o conceito de boa-fé objetiva, que, nas palavras de Claudia Lima Marques, Herman Benjamin, constitui uma regra de conduta. Na mesma linha, conforme reconhece o Enunciado 26 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a boa-fé objetiva vem a ser a exigência de um comportamento de lealdade dos participantes negociais, em todas as fases do negócio. A boa-fé objetiva tem relação direta com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são deveres inerentes a qualquer negócio, sem a necessidade de previsão no instrumento. Entre eles merecem destaque o dever de cuidado, o dever de respeito, o dever de lealdade, o dever de probidade, o dever de informar, o dever de transparência, o dever de agir honestamente e com razoabilidade.*

*Na órbita consumerista, Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem lecionam que a boa-fé objetiva tem três funções básicas:*

- 1.ª Servir como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os denominados deveres anexos, (função criadora);*
- 2.ª Constituir uma causa limitadora do exercício, antes lícito, dos direitos subjetivos (função limitadora);*
- 3.ª Ser utilizada como concreção e interpretação de contratos (função interpretadora)<sup>9</sup>.*

Assim, tem-se que o princípio da boa-fé traduz a necessidade de agir de forma leal e cooperativa para manter o equilíbrio contratual, de modo que a sua inobservância leva à nulidade absoluta da cláusula contratual, como previsto art. 51, especialmente no seu inciso IV.

<sup>9</sup> TARTUCE, op. cit., p. 34.

### 3. Cláusulas abusivas

Superada a análise dos princípios informativos da proteção contratual do consumidor, passa-se ao exame propriamente das cláusulas abusivas.

Retomando o objetivo central deste trabalho, cumpre, primeiro, registrar que a opção do legislador brasileiro foi por não definir, diretamente, cláusula abusiva. Por isso, o art. 51 do CDC apenas as enumera, em rol meramente exemplificativo, como cláusulas nulas de pleno direito.

O conceito de cláusula abusiva para os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, especialmente Nelson Nery Júnior, pode ser entendido segundo o qual:

*[...] cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual que, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do art. 4.º, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual por quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens [...]*<sup>10</sup>.

Dentro dessa linha protetiva, por exemplo, o consumidor tem direito de arrependimento, no prazo de sete dias, contados do recebimento do produto ou serviço, se a contratação se der fora do estabelecimento comercial, como sucede nas compras pela internet, caso em que faz jus à devolução do que eventualmente tenha pago.

Além disso, descabe ao fornecedor exigir do consumidor o pagamento de despesas postais oriundas da devolução da mercadoria adquirida. Nessa linha,

*o Procon pode aplicar multa a fornecedor em razão do repasse aos consumidores, efetivado com base em cláusula contratual, do ônus de arcar com as despesas postais decorrentes do exercício do direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC. De acordo com o caput do referido dispositivo legal, o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. O parágrafo único do art. 49 do CDC, por sua vez, especifica que o consumidor, ao exercer o referido direito de arrependimento, terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão – período de sete dias contido no caput do art. 49 do CDC –, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas decorrentes da utilização do serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. Aceitar o contrário significaria criar*

---

<sup>10</sup> NERY JUNIOR, Nelson *et al.* *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 527.

*limitação ao direito de arrependimento legalmente não prevista, de modo a desestimular o comércio fora do estabelecimento, tão comum nos dias atuais. Deve-se considerar, ademais, o fato de que eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor nesse tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (pela internet, por telefone ou a domicílio). (REsp. 1340604-RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 15.8.2013)*

Ainda em relação à proteção contratual, é de se destacar o princípio da garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. Por exemplo, se o consumidor compra um aparelho de telefonia móvel (celular), o fornecedor deve garantir que o produto esteja dentro dos padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, garantia essa que advém da própria lei, independentemente de termo expresso (arts. 4º, II, “d”, c.c. 24, CDC).

Quanto ao prazo da garantia legal, não há previsão legal fixa, nem é igual para todos os produtos. Cada fornecedor concede o prazo que lhe convier, para se sobressair no mercado de consumo (1 ano, 2 anos etc.). O que existe é prazo para *reclamação*, dependendo de o bem ser durável ou não durável (30 ou 90 dias, cf. art. 26, CDC).

Sem prejuízo desta garantia *legal*, pode haver cláusula escrita de garantia contratual, devendo o respectivo termo ser padronizado, informando, em linguagem clara e didática, no que consiste a garantia, a forma, o prazo, o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor (art. 50, CDC).

Em decorrência do princípio protetivo ao consumidor, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, exemplificativamente, normas que consideram abusivas as cláusulas contratuais.

O art. 51, CDC, ao dispor “são nulas de pleno direito, *entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que*”, deixa claro que o rol é meramente enunciativo, e não taxativo.

A nulidade aqui é a sanção imposta à cláusula contratual que implica violação aos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual.

A sua caracterização ultrapassa o limite do abuso do direito definido no Direito Civil, em razão do conceito do inc. IV, do art. 51, segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Registre-se que a consequência da declaração de nulidade importa a integração do negócio jurídico, seja com a sua simples exclusão do contrato, seja com a integração das demais cláusulas em razão da declaração de nulidade.

Sobre o tema, a lição de Bruno Miragem:

*No regime do CDC, a nulidade de pleno direito decorre de ofensa à ordem pública de proteção do consumidor, devendo ser reconhecida judicialmente mediante ação ou exceção oposta pelo consumidor, ou ainda reconhecida de ofício pelo juiz. De fato, a experiência brasileira na aplicação do CDC vem demonstrando a opção da jurisprudência*

*no reconhecimento da invalidade da cláusula – não do negócio – cumprindo ao juiz promover os esforços de integração do contrato, preenchendo a lacuna decorrente da nulidade da cláusula em vista da boa-fé e do equilíbrio contratual*<sup>11</sup>.

Em regra, a nulidade da cláusula levaria à nulidade do contratado. Todavia, o Código de Defesa do Consumidor afasta claramente esta hipótese, seja quando trata da modificação, seja quando trata da revisão de cláusulas lesivas ou de excessiva onerosidade (inc. V do art. 6º).

Este fenômeno é tratado por parte da doutrina como de redução do negócio jurídico, ou seja, um negócio jurídico manifestado por instrumento contratual do qual se extrai uma cláusula, o qual deve ser integrado, reequilibrando os direitos e as obrigações recíprocas.

Todavia, importante ressaltar que a integração só não será levada a efeito se e quando a sua efetivação implicar em “ônus excessivo a qualquer das partes” (art. 51, § 2º).

Se o consumidor se sentir lesado, pode representar ao Ministério Público para que ajuíze a ação declaratória de nulidade da cláusula contratual que afronte o Código de Defesa do Consumidor ou que não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes (art. 51, § 4º, CDC).

Aqui releva destacar que a representação de um único consumidor já autoriza a instauração de inquérito civil para apurar que tipo de direito está sendo violado na hipótese apresentada pelo reclamante.

Pode eventualmente ofender direitos difusos para os futuros e eventuais contratantes; coletivos, para os que já contrataram; e direitos individuais homogêneos se os lesados pretenderem o reembolso das quantias pagas ou a indenização pelos danos sofridos. Independentemente da atual ministerial, nada impede que os entes legitimados do art. 82, CDC, ajuízem a competente ação coletiva, considerando que se cuida de legitimação concorrente e disjuntiva.

Se o juiz se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, incumbe-lhe oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347/1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078/1990, para eventual propositura da ação coletiva respectiva (art. 139, X, CPC/2015, Lei nº 13.105/2015).

Ao propósito, a Súmula 181 do STJ reza que “É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual”.

De outro lado, porém, malgrado o art. 1º, CDC, estabeleça “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”, e o art. 51 ser expresso em prever a nulidade de pleno direito, o STJ consolidou o entendimento de que “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas” (Súmula 381 do STJ).

---

<sup>11</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 344.

#### 4. Cláusula atenuadora de responsabilidade

Pois bem. Uma das cláusulas previstas como nulas de pleno direito é a que *impossibilita, exonere ou atenua a responsabilidade* do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (art. 51, I, CDC).

Embora o dispositivo se refira aos *vícios do produto e de serviço*, é preciso lembrar que a cláusula é igualmente abusiva se exonerar ou atenuar a responsabilidade pelo *“fato do produto e do serviço”*, a que aludem os arts. 12 e 13 do CDC. E mais, a responsabilidade pela reparação, sobre ser objetiva, é também solidária (arts. 7º, 12, 14, 18, 19, 25 e 34, CDC).

##### 4.1. Exemplo de responsabilidade do transportador

Podemos cogitar de algumas hipóteses ilustrativas. A responsabilidade do transportador pelo *extravio de mercadorias* (cargas), não se há falar em indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica, porque atenua a responsabilidade do fornecedor.

*Estabelecida a relação jurídica de consumo entre as partes, a indenização pelo extravio de mercadoria transportada por via aérea deve ser integral, não se aplicando, por conseguinte, a limitação tarifada prevista no Código de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia. Dessa orientação não se dissuade. Todavia, tem-se pela absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de consumo, especialmente no caso em que os danos advindos da falha do serviço de transporte em nada se relacionam com os riscos inerentes ao transporte aéreo. O critério da especialidade, como método hermenêutico para solver o presente conflito de normas (Convenção de Varsóvia de 1929 e Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986 x Código Civil de 2002), isoladamente considerado, afigura-se insuficiente para tal escopo. Deve-se, ainda, mensurar, a partir das normas em cotejo, qual delas melhor reflete, no tocante à responsabilidade civil, os princípios e valores encerrados na ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988. E inferir, a partir daí, se as razões que justificavam a referida limitação, inserida no ordenamento jurídico nacional em 1931 pelo Decreto n. 20.704, encontrar-se-iam presentes nos dias atuais, com observância ao postulado da proporcionalidade. A limitação tarifária contemplada pela Convenção de Varsóvia aparta-se, a um só tempo, do direito à reparação integral pelos danos de ordem material injustamente percebidos, concebido pela Constituição Federal como direito fundamental (art. 5º, V e X), bem como pelo Código Civil, em seu art. 994, que, em adequação à ordem constitucional, preceitua que a indenização mede-se pela extensão do dano. Efetivamente, a limitação prévia e abstrata da indenização não atenderia, sequer, indiretamente, ao princípio da proporcionalidade, notadamente porque teria o condão de esvaziar a própria função satisfativa da reparação, ante a completa desconsideração da gravidade e da efetiva repercussão dos danos*



*injustamente percebidos pela vítima do evento. Tampouco se concebe que a solução contida na lei especial, que preceitua a denominada indenização tarifada, decorra das necessidades inerentes (e atuais) do transporte aéreo. Reprisa-se, no ponto, o entendimento de que as razões pelas quais a limitação da indenização pela falha do serviço de transporte se faziam presentes quando inseridas no ordenamento jurídico nacional, em 1931, pelo Decreto n. 20.704, não mais subsistem nos tempos atuais. A limitação da indenização inserida pela Convenção de Varsóvia, no início do século XX, justificava-se pela necessidade de proteção a uma indústria, à época, incipiente, em processo de afirmação de sua viabilidade econômica e tecnológica, circunstância fática inequivocamente insubsistente atualmente, tratando-se de meio de transporte, estatisticamente, dos mais seguros. Veja-se, portanto, que o tratamento especial e protetivo então dispensado pela Convenção de Varsóvia e pelo Código Brasileiro de Aeronáutica ao transporte aéreo, no tocante a responsabilização civil, devia-se ao risco da aviação, relacionado este à ocorrência de acidentes aéreos. Em absoluto descompasso com a finalidade da norma (ultrapassada, em si, como anotado), permitir que o tratamento benéfico se dê, inclusive, em circunstâncias em que o defeito na prestação do serviço em nada se relacione ao risco da aviação em si. (REsp. 1289629-SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 20.10.2015)<sup>12</sup>.*

#### 4.2. Exemplos de responsabilidade na área da saúde

Quanto à limitação do período de internação em hospital, a Súmula 302 do STJ preconiza que “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Mostra-se também abusiva a cláusula que limita a quantidade de sessões de rádio e quimioterapia, que exclui cobertura de tratamento essencial ou remédio ao tipo de doença; igualmente, é abusiva aquela que exclui da cobertura órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico a que se submete o consumidor. E a recusa indevida ou injustificada por parte da operadora do plano de saúde gera dano moral passível de indenização (AgRg no AREsp 745389- RJ, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, j. 16.02.2016).

#### 4.3. Exemplo de responsabilidade das instituições financeiras

No contrato de penhor de joias, a cláusula que limita o valor da indenização em caso de roubo é abusiva.

<sup>12</sup> **Extravio de bagagem:** em 25/05/2017, o STF, em sede de Recurso Extraordinário, apreciando tema de repercussão geral, decidiu que “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor” (RE 636.331, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/05/2017; Recorrente SOCIÉTÉ AIR FRANCE). Com isso, aplicando as Convenções de Varsóvia e de Montreal, no que tange aos atrasos, extravio ou danos de *bagagens* em voos internacionais, há duas diferenças principais em comparação ao Código de Defesa do Consumidor: 1) limitação ao montante indenizatório (1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro); 2) prazo prescricional é de dois anos, contados da chegada da aeronave (Decreto 5.910/2006; arts. 22 e 35 da “Convenção para a Unificação de certas regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional”).

*Tendo ocorrido o roubo das joias empenhadas, a Caixa Econômica Federal deve indenizar a recorrente por danos materiais. A cláusula contratual que restringiu a responsabilidade da CEF a 1,5 (um inteiro e cinco décimos) vez o valor de avaliação das joias empenhadas deve ser considerada abusiva, por força do artigo 51, I, da Lei nº 8.078/1990. (REsp. 1227909-PR, Rel. Min. RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, j. 15.09.2015)*

A esse respeito, Carlos Alberto Dabus Maluf e Márcio Antero Motta Ramos Marques, reforçando as palavras de Sergio Cavalieri Filho, esclarecem que,

*se o que as pessoas buscam é proteção e segurança excepcionais dos valores depositados nos cofres, proteção e segurança que esperam sejam correspondidas pelo serviço prestado, então, é de se concluir que há nesse contrato uma cláusula de segurança, que constitui a sua essência, o seu objeto específico. O banco, ao celebrá-lo, atua como profissional da segurança, isto é, vende segurança, assumindo, portanto, uma obrigação de resultado, próxima do risco integral, que não pode ser afastada nem pelo caso fortuito ou força maior. [...] Tenha-se em conta que a própria ocorrência de furto ou do assalto, por si só, evidencia ter falhado o esquema de segurança e vigilância prestado profissionalmente. (“Revista do Advogado”, julho de 2012, nº 116, p. 45)*

Nessa linha:

*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – ROUBO DE COFRE ALUGADO – Responsabilidade do banco depositário. Danos material e moral. Os bancos depositários são, em tese, responsáveis pelo ressarcimento dos danos materiais e morais causados em decorrência do furto ou roubo dos bens colocados sob sua custódia em cofres de segurança alugados aos seus clientes, independentemente de prévia discriminação dos objetos guardados nos mesmos. (REsp. 333.211-RJ, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ 18.3.2002)*

*É de responsabilidade do banco a subtração fraudulenta dos conteúdos dos cofres que mantém sob sua guarda. Trata-se de risco profissional, segundo o qual deve o banco arcar com os ônus de seu exercício profissional, de modo a responder pelos danos causados a clientes e a terceiros, pois são decorrentes da sua prática comercial lucrativa. Assim, se a instituição financeira obtém lucros com a atividade que desenvolve, deve, de outra parte, assumir os riscos a ela inerentes. (REsp. 1.093.617-PE, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 23.3.2009)*

Também nessa linha, o precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS – ROUBO DE COFRE BANCÁRIO – Relação de consumo – Autoras que mantinham contrato com o banco para guarda de joias de família – Contrato bancário atípico, de natureza mista, que impõe uma obrigação de resultado, qual seja, a de resguardar a integridade e quantidade dos bens que foram confiados*

*à instituição financeira – Cláusula limitativa de uso, que se mostra abusiva, notadamente porque o valor de R\$ 15.000,00, previsto no contrato, não soa razoável nem compatível para quem oferece o serviço de cofre, em que, usualmente, são guardados objetos de valor elevado – Abusividade da cláusula, na medida em que atenua a responsabilidade do fornecedor, ofende a boa-fé objetiva e coloca o consumidor em desvantagem exagerada (art. 25, c.c. art. 51, I e IV, CPC) – Nulidade da cláusula – Dever do banco réu de indenizar os consumidores, não só em razão do risco de sua atividade econômica, mas também pela responsabilidade civil objetiva disciplinada pelo art. 14, § 3º, inciso II, do CDC – Valor dos bens estimado pela perícia – Ausência de contraprova do banco, presumindo-se a boa-fé dos usuários com relação aos bens relacionados, até porque o banco não exigiu qualquer declaração no momento da contratação – Restituição devida – RECURSO DAS AUTORAS PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DO RÉU DESPROVIDO NESTE TÓPICO. DANOS MORAIS – ROUBO DE COFRE BANCÁRIO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – Danos morais decorrentes da frustração e desolação pela perda de joias de família – Valor da indenização fixada em R\$ 10.000,00 para cada uma das autoras, que se mostra razoável e adequado ao caso concreto – Precedentes deste e. TJSP – Sentença mantida neste tópico – RECURSOS DESPROVIDOS NESTE TÓPICO. (Apelação 0145250-41.2012.8.26.0100, Rel. Des. SÉRGIO SHIMURA, j. 27.07.2016)*

Todavia, em outro precedente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que não haveria abusividade na cláusula limitadora de responsabilidade, observada as peculiaridades do caso concreto:

*Prestação de serviços bancários – Ação de Indenização por danos materiais e morais Inocorrência de cerceamento de defesa – Roubo a agência bancária Bens do autor subtraídos do cofre de segurança, disponibilizado pelo réu, mediante contraprestação pecuniária Contrato de aluguel de cofre particular contendo cláusula limitativa de uso. Ausência de ilegalidade. Validade da cláusula que delimita a responsabilidade do banco quanto aos valores sobre os quais recai a obrigação de segurança e proteção por ele assumidas. Contratado que não tem acesso direto e nem ciência sobre o conteúdo do cofre. Impossibilidade de banco responder por bens cujo valor exceda ao previsto no contrato. Infringência ao Código de Defesa do Consumidor não configurada. Restituição dos prejuízos materiais que deve se restringir aos termos pactuados entre as partes. Dano moral caracterizado Responsabilidade objetiva da instituição financeira com base na teoria do risco da atividade – Desnecessidade de comprovação específica quanto ao sofrimento emocional suportado pelo autor, que teve suas joias e objetos de grande valor sentimental subtraídos do cofre disponibilizado pela instituição financeira. Fixação do quantum indenizatório em R\$ 50.000,00, quantia que se mostra adequada diante das circunstâncias do caso concreto Sucumbência mínima do réu reconhecida Autor que responde integralmente pelas verbas sucumbenciais. Agravo retido do réu não provido e apelo do autor parcialmente provido. (Apelação 0126204-66.2012.8.26.0100, Rel. Juíza Conv. MÁRCIA CARDOSO, j. 24.05.2017)*

#### 4.4. Exemplos de responsabilidade na compra e venda de móveis e imóveis

No que concerne aos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante o pagamento do preço em prestações, o art. 53, CDC, é expresso em dispor que é nula de pleno direito a cláusula que estabeleça a perda total das prestações pagas em benefício do credor/fornecedor quando este postular a resolução do contrato e a retomada do bem.

E mais, mesmo que o consumidor comprador tenha dado causa à resolução do negócio, tem direito à restituição – parcial e proporcional – do que pagou.

Em harmonia, o art. 52, II, CDC, reitera ser abusiva a cláusula que subtraia ao consumidor a opção (melhor dizendo, o direito) deste ao reembolso do que pagou; e o inciso IV do art. 52 repete a ideia de abusividade a cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada ou excessivamente onerosa.

No compromisso de compra e venda a prestações, se se permitir ao fornecedor, promitente vendedor, reter as parcelas pagas, a vantagem é inconfessadamente exagerada na medida em que se beneficia do montante recebido, da valorização do imóvel e da futura revenda ao próximo adquirente.

Dando fecho, a Súmula 543 do STJ, de 26.08.2015, edita que:

*Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.*

#### 4.5. Exemplo de responsabilidade no contrato de seguro

Uma última hipótese que se nos afigura interessante diz com o contrato de seguro, no qual vem prevista a exclusão da responsabilidade da seguradora em caso de *furto simples*. O consumidor, dependendo das circunstâncias, nem sempre dispõe de conhecimento técnico, nem esclarecimento suficiente, para diferenciar a modalidade de furto *simples* do *qualificado*, situação que pode ofender seu direito básico de ter informação clara, precisa, adequada e expressa (arts. 6º, III, 31 e 46, CDC). Nesses casos, eventual cláusula excludente ou atenuante de responsabilidade da seguradora igualmente é nula de pleno direito.

### 5. Conclusão

Na relação de consumo, diante da eventual hipossuficiência, técnica ou econômica, do consumidor em face do fornecedor, a cláusula ambígua ou contraditória é de ser interpretada de acordo com os princípios informativos e norteadores do Código de Defesa do Consumidor (da transparência, da confiança, da equidade e da boa-fé).

O Código de Defesa do Consumidor, prevendo não ser possível a enumeração fechada e taxativa das hipóteses de cláusulas abusivas, houve por bem apenas enumerar algumas situações que encerram nulidades de pleno direito.

A consequência da declaração de nulidade importa a integração do negócio jurídico, seja com a simples exclusão do contrato, seja com a integração das demais cláusulas em razão da declaração de nulidade.

Portanto, nada impede que haja redução do negócio jurídico, extirpando-se a cláusula abusiva do contrato, o qual deve ser integrado, reequilibrando os direitos e as obrigações recíprocas.

A cláusula atenuadora de responsabilidade é aquela que *impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade* do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (art. 51, I, CDC).

Embora o dispositivo se refira aos *vícios do produto e de serviço*, a cláusula é igualmente abusiva se exonerar ou atenuar a responsabilidade pelo *“fato do produto e do serviço”*.

Além disso, a responsabilidade pela reparação, sobre ser objetiva, é também solidária. No repertório jurisprudencial há inúmeros casos em que se desconsidera a cláusula atenuadora de responsabilidade, como nos contratos de transporte de mercadorias, de prestação de serviços médicos e hospitalares, bancários, compra e venda e de seguros.

## 6. Bibliografia

- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *O conceito jurídico de consumidor*. São Paulo: RT 628/69, 1988.
- BITTAR, Carlos Alberto. A fenomenologia contratual nos dias presentes. In: *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Formas sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil*. RePro 05/128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros*. Coordenação de Aparecido Hernani Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NERY JUNIOR, Nelson et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2015.





# Bancos de dados e cadastro de consumidores

*Tasso Duarte de Melo*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A natureza jurídica dos bancos de dados e cadastros de consumidores; 2.1. Conceito; 2.2. Origem, finalidade e importância dos bancos de dados; 3. Do necessário controle e da ameaça aos direitos da personalidade; 3.1. Da ameaça aos direitos da personalidade; 3.1.1. Do direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais; 3.1.2. Da proteção da honra e os bancos de dados. 4. O Código de Defesa do Consumidor e a regulamentação dos bancos de dados e cadastros de consumidores; 4.1. Limites e sanções à atividade de arquivo de dados; 4.2. Sanções penais, administrativas e civis; 5. O conteúdo do art. 43 do CDC e sua interpretação jurisprudencial; 5.1. O direito de acesso (art. 43, *caput*); 5.2. O direito à informação objetiva, clara e verdadeira (§ 1º); 5.3. Direito a comunicação prévia (§ 2º); 5.4. A retificação ou correção dos dados (§ 3º); 5.5. O cancelamento da inscrição (§ 1º, *in fine* e § 5º); 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

## 1. Introdução

Com este breve estudo não se tem a pretensão de inovar na questão posta – a responsabilidade dos bancos de dados de consumidores –, mas apenas reapreciá-lo de modo a revisitar determinados conceitos doutrinários à luz da jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente o texto era um roteiro de apresentação do tema em uma reunião no Núcleo de Estudos de Direito do Consumidor da nossa Escola Paulista da Magistratura, especialmente no seu segundo módulo, que teve como escopo o estudo da responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo e, dentre os temas relacionados, coube-me debater sobre a responsabilidade civil dos bancos de dados de devedores inadimplentes.

Para melhor enfrentar o tema proposto, o dividimos em alguns subitens que entendemos se afiguram como antecedentes necessários da responsabilidade civil dos bancos de dados, a saber: sua natureza jurídica, origem, finalidade e importância na sociedade contemporânea e, por consequência, a necessidade de controle social em razão da real possibilidade de violação aos direitos da personalidade; o tratamento do tema pelo Código de Defesa do Consumidor; uma breve análise dos direitos do consumidor neste campo e a sua interpretação jurisprudencial.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie. Professor de Cursos de Graduação e Pós-Graduação na FAAP. Coordenador da área de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura. Ex-Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo e do Tribunal Arbitral do Comércio do Estado de São Paulo.

## 2. A natureza jurídica dos bancos de dados e cadastros de consumidores

Sabe-se que a atividade de coleta e arquivamento de informações de consumidores inadimplentes confunde-se com a expressão “arquivo de consumo” e foi tratada indistintamente pelo art. 43 do CDC como Banco de Dados e Cadastro de Consumidores.

Todavia a doutrina, especialmente Herman Benjamin<sup>2</sup>, trata de especificar que “a expressão arquivo de consumo é gênero do qual fazem parte duas grandes famílias de registros: os bancos de dados e os cadastros de consumidores, denominação dobrada utilizada pela Seção VI, do Capítulo V (‘Das Práticas Comerciais’)

Assim, a doutrina adotou a expressão arquivos de consumo como gênero do qual as expressões bancos de dados e cadastros de consumidores são espécies e entende que o art. 43 do CDC submete todas as modalidades de arquivo de consumo.

As distinções entre banco de dados e cadastro de consumidores, na lição de Herman Benjamin<sup>3</sup>, podem e devem ser classificadas, em razão da origem da informação e seu destino: (i.) os bancos de dados têm caráter aleatório e os cadastros de consumo pressupõem uma relação jurídica dos fornecedores com os consumidores; (ii.) os bancos de dados organizam os dados para uma utilização futura (mediata) e os cadastros de consumidores se utilizam dos dados imediatamente; (iii.) nos bancos de dados a guarda dos dados prescinde de autorização dos consumidores e os cadastros de consumidores dependem de autorização prévia do consumidor; (iv.) os bancos de dados têm por objetivo a transmissão de informação a terceiro e os cadastros de consumidores utilizam os dados de forma pontual.

Ainda hoje os bancos de dados provocam grande interesse na vida jurídica do país.

### 2.1. Conceito

Neste ponto, quer me parecer que a simples transcrição de dois conceitos doutrinários encerram o tema.

Segundo Leonardo Roscoe Bessa<sup>4</sup>:

*Bancos de dados de proteção ao crédito são entidades que têm por objeto a coleta, o armazenamento e a transferência a terceiros (credor potencial) de informações pessoais dos pretendentes a obtenção do crédito.*

Por sua vez, Ana Paula Gambogi Carvalho<sup>5</sup> assevera:

*Considera-se banco de dados, em um sentido amplo, toda compilação de informações, obras e outros materiais organizados forma sistemática e ordenada, segundo determinados critérios e finalidades específicas,*

<sup>2</sup> PELLEGRINI, Ada et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: 2011. p. 443.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 444.

<sup>4</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Responsabilidade civil dos bancos de dados de proteção ao crédito*: diálogo ente o CDC e a lei do cadastro positivo. Disponível em: <https://bit.ly/2VYNcBu>. Acesso em: 8 jun. 2017.

<sup>5</sup> CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Revista de Direito de Consumidor – RDC*, v. 46, p. 356.

*feitas por pessoa física ou jurídica, privada ou pública, sob forma de fichas, registros ou cadastros, por processo manual ou mecânico ou eletrônico, para uso próprio ou fornecimento a terceiros, de forma a facilitar o seu acesso ou manuseio.*

## 2.2. Origem, finalidade e importância dos bancos de dados

Obtido o conceito de banco de dados, segue-se para sua origem, finalidade e importância.

O surgimento dos bancos de dados de devedores inadimplentes é fruto da necessidade das empresas de crédito formar cadastros adequados de seus consumidores, ou seja,

*Os cadastros de restrições de crédito passaram a surgir diante da necessidade de se apurar, de forma mais precisa, qual consumidor poderia gozar da confiança para receber crédito do seu eventual fornecedor, o que acarretaria a diminuição do risco do negócio<sup>6</sup>.*

A concessão do crédito é ato de confiança e, portanto, o fornecedor se cerca de informações sobre o consumidor para decidir pela concessão ou não do crédito e, se entender pela concessão, em quais condições o negócio se dará.

A importância do crédito para o desenvolvimento de qualquer país é incontestável, como ensina Sérgio Carlos Covello<sup>7</sup>:

*Os empréstimos [...] fomentam a produção, desenvolvem o comércio, tornam possível a execução de grandes trabalhos públicos em benefício geral da coletividade, fazendo com que capitais disponíveis se tornem produtivos pela aplicação na criação de riquezas, sendo, em uma palavra, fator notável de bem-estar e prosperidade.*

Pode-se dizer que a confiança é traço fundamental à concessão de crédito e este resulta da informação adequada.

Assim, pode-se afirmar que a economia moderna se move pelo consumo e o crédito em massa é o condicionante do seu desenvolvimento constante; a concessão de crédito depende da confiança do credor no consumidor e se forma pela informação precisa, que na contemporaneidade se obtém nos bancos de dados de consumidores.

Com a sociedade de consumo em massa, surge a necessidade de informações cadastrais também em massa, e com elas a organização de arquivos de consumo, como se extrai, mais uma vez, das lições de Herman Benjamin<sup>8</sup>:

*A sociedade de consumo é, antes de tudo, uma realidade coletiva, em que indivíduos (fornecedores e consumidores) e os bens (produtos*

<sup>6</sup> ZIEMIECKI, Diego. *A inscrição dos consumidores em bancos de dados durante a pendência de litígio judicial: análise jurisprudencial*. São Paulo: Conceito, 2012.

<sup>7</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 4. ed. São Paulo: Leud, 2001. p. 153.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 262.

*e serviços) são engolidos pela massificação das relações econômicas: produção em massa, comercialização em massa, crédito em massa, comunicação em massa e consumo em massa.*

Na mesma linha, Leonardo Roscoe Bessa<sup>9</sup> anota precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a importância dos arquivos de consumo:

*O Supremo Tribunal Federal, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade, consignou por meio de voto do Min. Sepúlveda Pertence, que a existência de banco de dados de proteção ao crédito ‘tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massa’ e, ainda, que ‘os arquivos de consumo são um dado inextirpável de uma economia fundada nas relações massificadas de crédito’.*

### 3. Do necessário controle e da ameaça aos direitos da personalidade

É grande o potencial ofensivo dos bancos de dados aos direitos da personalidade, especialmente, à privacidade e à honra, e aqui cabe a precisa e já clássica lição de José Alexandre Tavares Guerreiro<sup>10</sup>:

*A extraordinária rapidez com que os bancos de dados podem elaborar perfis de informação dos indivíduos (no assim dito “tempo zero”), a possibilidade de desvio de finalidades na utilização dos próprios dados informativos e a falibilidade dos processos informáticos constituem potencial ameaça aos direitos da personalidade, na medida em que produzem (ou podem produzir) situações constrangedoras, das quais a pessoa só pode se liberar mediante meios modernos de tutela (entre os quais os agora previstos), dado que as soluções tradicionais se mostram ineficazes para garantir a sua segurança e tutelar adequadamente seus interesses.*

Na mesma direção, Cláudia Lima Marques *et al.* afirmam:

*Ao lado do relevante papel desempenhado, também não há dificuldade de perceber que são atividades potencialmente ofensivas à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), à privacidade e à honra, direitos de personalidade de matriz constitucional, previstos expressamente no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, que integra o título de direitos fundamentais<sup>11</sup>.*

Assim, quando os bancos de dados pesquisam informações sobre uma pessoa, tomam o risco de ofensa à privacidade do pesquisado e quando o dado informacional pesquisado se torna público, incorrem em novo risco, agora o de ofensa à sua honra.

---

<sup>9</sup> *Ibidem.*

<sup>10</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares *et al.* In: CRETILLA JÚNIOR, José; DOTTI, René Ariel (coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. . Rio de Janeiro: Forense, 1996.

<sup>11</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos *et al.* *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 247.

### 3.1. Da ameaça aos direitos da personalidade

#### 3.1.1. Do direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais

O direito constitucional da privacidade é visto pela doutrina como a proteção aos dados pessoais do cidadão.

Alexandre de Moraes<sup>12</sup>, ao tratar do tema da inviabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem, à luz do art. 5º, inc. X<sup>13</sup>, da CF, doutrina que:

*Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. [...] Assim, a intimidade relaciona-se às relações subjetivas e detrato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.*

Já Sérgio Cavalieri Filho<sup>14</sup> ao tratar do tema ensina que:

*Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, e a liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.*

*À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é violação dos direitos à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.*

#### 3.1.2. Da proteção da honra e os bancos de dados

Pode-se se dizer que a honra, no direito contemporâneo, pode e deve ser vista como a projeção da dignidade humana e o seu reconhecimento.

Tradicionalmente, destacam-se dois aspectos da honra: (i) a objetiva, que se refere à reputação que o cidadão goza na sociedade e (ii) a subjetiva, que refere à autoestima, ao sentimento da própria dignidade.

Quando se trata de pessoa natural, a simples publicidade do débito e o abalo de crédito são suficientes para caracterizar a ofensa à honra e o dever de reparação dos danos morais.

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 53.

<sup>13</sup> “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: [...] 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.”

<sup>14</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 101.

Já quando se trata de pessoa jurídica, há necessidade de provar a ofensa à honra objetiva, podendo o juiz utilizar das regras de presunção e de experiência, conforme a prova dos autos.

Nesse sentido, o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO COMERCIAL. ALTERAÇÃO UNILATERAL DE CONTRATO. DANOS MATERIAIS. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. AUSENTES. [...]*

*- Para a pessoa jurídica, o dano moral não se configura in re ipsa, por se tratar de fenômeno distinto daquele relacionado à pessoa natural.*

*- É, contudo, possível a utilização de presunções e regras de experiência no julgamento. [...]*

*(REsp 1637629/PE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 09/12/2016)*

Óbvio que quando se veicula uma informação equivocada sobre o inadimplemento obrigacional por uma pessoa atinge-se a sua honra, aqui vista como seu bom-nome no ambiente empresarial, profissional e até familiar.

Mesmo que a informação circule apenas em ambientes fechados, por óbvio, não se ignora que a formação de uma imagem negativa do cidadão pode lhe causar sérios danos.

*RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DE PESSOA JURÍDICA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DO SISBACEN/SCR. DETERMINAÇÃO JUDICIAL PROFERIDA EM LIMINAR EM AÇÃO REVISIONAL DETERMINANDO QUE A RÉ SE ABSTIVESSE DE INCLUIR OU MANTER O NOME DA AUTORA NO ROL DE “QUALQUER ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO”. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM.*

*1. O Sistema de Informações do Banco Central – Sisbacen, mais precisamente o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central – SCR, é cadastro público que tem tanto um viés de proteção do interesse público (como regulador do sistema – supervisão bancária), como de satisfação dos interesses privados (seja instituições financeiras – gestão das carteiras de crédito -, seja mutuários – demonstração de seu cadastro positivo).*

*2. Por óbvio que referido órgão deve ser tratado de forma diferente dos cadastros de inadimplentes como o Serviço de Proteção ao Crédito – SPC e o Serasa. Contudo, não se pode olvidar que ele também tem a natureza de cadastro restritivo de crédito, justamente pelo caráter de suas informações, tal qual os demais cadastros de proteção, pois visam a diminuir o risco assumido pelas instituições na decisão de tomada de crédito.*

*3. Observa-se, pois, que apesar da natureza de cadastro público, não tem como se desvincular de sua finalidade de legítimo arquivo de consumo para operações de crédito, voltado principalmente às instituições financeiras para que melhor avaliem os riscos na sua concessão à determinada pessoa, isto é, o crédito é justamente o objeto da relação jurídica posta.*

*4. A Lei n. 12.414/2011, chamada de lei do “cadastro positivo”, apesar de disciplinar a formação e consulta a banco de dados com informações*

*de adimplemento para histórico de crédito (art. 1º), estabelece que os bancos de dados de natureza pública terão regramento próprio (parágrafo único do art. 1º), o que, a contrario sensu, significa dizer que eles também são considerados bancos de dados de proteção ao crédito, os quais futuramente serão objeto de regulamentação própria.*

*5. Na hipótese, a informação do Sisbacen sobre o débito que ainda está em discussão judicial pode ter sido apta a restringir, de alguma forma, a obtenção de crédito pela recorrida, haja vista que as instituições financeiras, para a concessão de qualquer empréstimo, exigem (em regra, via contrato de adesão) a autorização do cliente para acessar o seu histórico nos arquivos do Bacen.*

*6. Recurso especial a que se nega provimento”. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.365.284 – SC (2011/0263949-3), R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, JULGADO: 18/06/2013)*

A coleta, o arquivamento e a divulgação de dados incorretos de devedores viola a honra, na medida em que atinge a imagem pública do consumidor. A preocupação do legislador foi, então, a de compatibilizar os valores constitucionais envolvidos.

Assim, de um lado a proteção ao crédito e a necessidade de informações adequadas à sua concessão e, via de consequência, a criação dos bancos de dados; de outro lado a privacidade e honra dos consumidores:

*O direito à privacidade e o direito à honra não são absolutos. Na verdade, o Código de Defesa do Consumidor ao disciplinar os bancos de dados de proteção ao crédito realizou, com base no princípio da proporcionalidade, tarefa conformadora, restringindo, em situação específica, os contornos do direito à privacidade e à honra. Considerando a presença de outros valores – em síntese: a importância do crédito para o consumidor e, também, para economia nacional – e realizando a ponderação dos bens em jogo, permite-se, em caráter excepcional, que as entidades de proteção ao crédito efetuem o tratamento das informações privadas e, em tese, ofensiva à honra do titular dos dados<sup>15</sup>.*

Portanto, podemos encerrar esta parte do trabalho concluindo que a lei, sem impedir o arquivamento de dados, estabelece alguns limites, como veremos da análise do art. 43, especialmente nos seus §§1º, 2º e 3º, de modo a preservar, como já dito, de um lado a atividade empresarial de proteção ao crédito e de outro a privacidade e a honra do consumidor.

#### **4. O Código de Defesa do Consumidor e a regulamentação dos bancos de dados e cadastros de consumidores**

##### **4.1. Limites e sanções à atividade de arquivo de dados**

Nessa ordem de ideias, a manutenção de um banco de dados se afigura exercício regular de um direito, visto se tratar de atividade expressamente prevista e regulada em lei.

<sup>15</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Revista de Direito de Consumidor – RDC*, v. 44, p. 194-195.



À guisa de exemplo, se alguém afirma que o colega de trabalho não paga nem promessa a santo, comete – em tese – um ato ilícito por ofensa à honra e à privacidade (art. 186, CC). Por outro lado, se esse mesmo consumidor não paga as suas dívidas e tem seu nome lançado nos bancos de dados, não se afigura qualquer ato ilícito se preenchidas as formalidades legais.

É por isso que exercício profissional de manutenção de um arquivo de dados se submete a regras legais – e nos estreitos limites de interesse deste texto – são aquelas enumeradas no art. 43 do CDC.

#### 4.2. Sanções penais, administrativas e civis

Se o banco de dados, ao coletar, armazenar e divulgar as informações coletadas, violar qualquer dos dispositivos legais enumerados no art. 43 e seus §§, pode sofrer as sanções legais de ordem penal, administrativa ou, ainda e principalmente, civil.

**Sanções penais.** O Código de Defesa do Consumidor, no título concernente às infrações penais, instituiu, nos seus arts. 72 e 73, dois tipos penais.

O crime definido no art. 72<sup>16</sup> tem por objeto o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em bancos de dados; o tipo penal do art. 73<sup>17</sup> resguarda o direito de exigir a correção das informações que o banco de dados sabe ou deveria saber inexatas.

**Sanções administrativas.** Matéria que se submete ao regime dos arts. 55/60 do Código de Defesa do Consumidor e, não se deve esquecer, no exercício das suas atividades os bancos de dados podem praticar atos considerados ilícitos administrativos e, por isso, sofrer as sanções correspondentes, tais como multa, suspensão de atividades, contrapropaganda, etc.

**Das sanções civis.** No exercício das suas atividades, os bancos de dados e os fornecedores que deles se utilizam podem e, como veremos, cometem com alguma indesejável frequência atos ilícitos em violação aos direitos dos consumidores que, em razão destes atos ilícitos, sofrem danos morais e materiais.

Estes atos ilícitos, v.g., ocorrem pela inscrição indevida de dados, a inscrição sem prévia comunicação ao consumidor e a manutenção de inscrição depois paga a dívida ou que ela seja alcançada pela prescrição.

#### 5. O conteúdo do art. 43 do CDC<sup>18</sup> e sua interpretação jurisprudencial

O art. 43 do Código de Defesa do Consumidor trata do tema enumerando e regulamentando uma série de direitos e limitações ao serviço de arquivamento e publicização de

<sup>16</sup> “Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros: Pena Detenção de seis meses a um ano ou multa.”

<sup>17</sup> “Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata: Pena Detenção de um a seis meses ou multa.”

<sup>18</sup> “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. § 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

dados, de modo a viabilizar a atividade de informação dos consumidores aos fornecedores e, ao mesmo tempo, proteger a privacidade e a honra dos consumidores.

Dentre os direitos enumerados, encontram-se o de acesso à informação objetiva, clara e verdadeira; à comunicação prévia; e à retificação ou correção dos dados, que serão tratados nos subitens a seguir.

### 5.1. O direito de acesso (art. 43, caput)

Seguindo a ordem legal, o primeiro direito do consumidor tutelado é o de acesso ao dado cadastrado, de modo a garantir ao consumidor a informação constante do arquivo de consumo, sendo este direito fundamental, pois o seu exercício viabiliza o direito à correção e/ou retificação da informação se e quando ela se apresenta equivocada.

Ensina James Eduardo Oliveira<sup>19</sup>:

*Somente as informações relevantes para o mercado de consumo podem ser selecionadas e registradas, franqueando-se ao consumidor completo acesso aos bancos de dados a fim de que possa exigir as correções e supressões necessárias, bem como demandar por eventuais prejuízos sofridos em virtude das inexatidões dos cadastros. (grifo nosso)*

No mesmo sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

*CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO RESTRITIVO DE CRÉDITO. COMUNICAÇÃO PRÉVIA DO CADASTRAMENTO. COMPROVAÇÃO. ALEGADA INFRINGÊNCIA AO ART. 43, § 2º, DO CDC. INOCORRÊNCIA.*

*1. As Portarias, conquanto tenham natureza normativa, não viabilizam a abertura da via especial, destinada, esta, à interpretação da lei federal e à uniformização na exegese, nos exatos termos do art. 105, III, da Lei Maior. Precedentes desta Corte.*

*2. O Tribunal de origem, com esteio nos fatos probatórios contidos nos autos, e confirmando o r. decisum de primeiro grau, julgou que a inserção do nome do autor-recorrente no cadastro de proteção ao crédito foi efetivamente precedida de comunicação efetuada pelo órgão cadastrador, conforme comprova documentos de fls. 75/92, em observância ao disposto no § 2º, do art. 43 da Lei nº 8.078/90 – CDC.*

*3. Constata-se, portanto, que, ao recorrente, ao ser previamente informado, lhe foi propiciado tanto o direito de acesso aos dados arquivados, como a possibilidade de retificação de informações eventualmente incorretas.*

*4. Inocorrência da alegada afronta ao art. 43, § 2º, do CDC.*

*5. Recurso não conhecido. (REsp Nº 836.705 – RS, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, j. 20.06.2006)*

Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. § 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.”

<sup>19</sup> OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 468.

No corpo do acórdão:

*Ao tratar do tema em questão, ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS e BENJAMIN, assim lecionou:*

*‘O primeiro direito do consumidor, em sede de arquivos de consumo, é tomar conhecimento de que alguém começou a estocar informações a seu respeito, independentemente de sua solicitação ou mesmo aprovação.*

*Em decorrência disso, o consumidor, sempre que não solicitar ele próprio a abertura do arquivo, tem direito a ser devidamente informado sobre este fato.*

*Assim ocorre para que ele possa exercer dois outros direitos que se lhe asseguram: o direito de acesso aos dados recolhidos e o direito de retificação das informações incorretas’ (Comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Forense Universitária, p. 331-332). (Idem)*

Constata-se, portanto, que ao consumidor, ao ser efetivamente informado previamente sobre a inscrição, foi propiciado tanto o direito de acesso aos dados arquivados como a possibilidade de retificação de informações eventualmente incorretas.

Da doutrina e da jurisprudência se extrai a lição de que o primeiro direito do consumidor regulamentado pelo art. 43, no seu *caput*, é o de acesso à comunicação e dele é corolário o direito de retificação das informações erradas.

## **5.2. O direito à informação objetiva, clara e verdadeira (§ 1º)**

O próprio texto legal esclarece que os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão.

Ao comentar o texto legal, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes Nery<sup>20</sup> ensina:

*Mister esclarecer que as informações constantes dos cadastros de consumidores inadimplentes devem ser: a) objetivas, não contendo qualquer apreciação subjetiva do consumidor, sendo vedadas as informações que façam qualquer análise de risco acerca da concessão de crédito; b) claras, devendo as informações corresponderem ao máximo à realidade que gerou os registros, representando, assim, a exata situação em que se encontra o consumidor perante os fornecedores e, finalmente, c) verdadeira, sendo defeso haver omissão ou inexatidão a respeito destas, sob pena de serem consideradas falsas.*

Tem-se que a inserção de dado inverídico configura ato ilícito eficiente a causar dano moral, posto que atinge a honra e a privacidade do consumidor, e que deve ser reparado, conforme entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>20</sup> NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. Considerações sobre os bancos de dados de proteção ao crédito no Brasil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Responsabilidade civil: direito à informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010. v. 8., p.421-438.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA. CADASTRO DE INADIMPLENTES. HOMÔNIMO. FALTA DE QUALIFICAÇÃO MÍNIMA DO INSCRITO. VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE. DEVER DE CUIDADO. INOBSERVÂNCIA. NEGLIGÊNCIA NA DIVULGAÇÃO DO NOME. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

1. O Código do Consumidor disciplinou em uma única seção “os bancos de dados e cadastros de consumidores”, estabelecendo limites e critérios aos quais, na seara do mercado de consumo, podem ser desenvolvidos e utilizados, sempre visando respaldar em específico a dignidade dos consumidores.

2. No tocante ao conteúdo dos dados arquivados, dispôs no § 1º do art. 43 que “Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”.

3. Portanto, o ato registral, além da linguagem de fácil compreensão, com dados objetivos, deve ser claro – sem deixar dúvida, contradição – e, principalmente, verdadeiro – isto é, exato, completo, reproduzindo os fatos fielmente como são.

4. No caso em comento, acabou a recorrida construindo um perfil da recorrente que simplesmente não corresponde à realidade, atribuindo-lhe a pecha de má pagadora sem que houvesse razão para tanto. É que a falta de uma qualificação mínima (nome e CPF ou RG, ou nome e ascendência, dentre tantos outros critérios) demonstra que a recorrida não observou o básico para atender ao atributo da precisão na elaboração do cadastro.

5. É que da mesma forma que se proíbe as anotações de informações excessivas (art. 3º, § 3º, da Lei n. 12.414/2011), deve ser vedado o tratamento de informações módicas, escassas, insuficientes, sob pena de não se preservar o núcleo essencial do direito à privacidade.

6. De fato, na qualidade de administradora do banco de dados de proteção ao crédito, conforme impõe o CDC, deve ter total controle da informação que dissemina, inclusive para retificá-la ou excluí-la, sendo que a omissão de informação basilar na divulgação acaba por violar, além do princípio da veracidade, o princípio da boa-fé objetiva, haja vista a potencialidade danosa dessa conduta, configurando falha na prestação do serviço.”

No corpo do acórdão, a fundamentação, inclusive doutrinária, do tema:

3. Apenas para sublinhar o que é consabido, com a massificação do consumo surgiu a necessidade de maior organização das práticas de mercado, emergindo daí os bancos de dados de proteção ao crédito, justamente com o propósito de oferecer informações daqueles que almejam a obtenção de crédito àqueles que pretendam concedê-lo, permitindo avaliação mais acurada dos riscos.

Deveras, tais arquivos trouxeram diversos benefícios à sociedade, ampliando a circulação de produtos e serviços, diminuindo os riscos do crédito, agilizando sua concessão e mecanização das informações financeiras.

Por seu lado, atraíram consequências deletérias, seja pelo mau uso, seja pelas desconformidades em sua estruturação, que acabaram pondo

*em risco diversos direitos de índole constitucional, principalmente no tocante à dignidade da pessoa humana e aqueles relacionados à personalidade, como a privacidade, imagem e liberdade.*

*Nessa ordem de ideias é a observação do Ministro Herman Benjamin:*

**'Não se trata de força que advém tão só da estrutura sofisticadas dos bancos de dados, mas que fundamentalmente surge no âmbito mais amplo do seu objeto de atuação, o produto que gerencia e a todos oferece – informação. No mundo em que vivemos, é possível identificar quatro tipos básicos de poder: o econômico, o militar, o tecnológico e o da informação. Dos quatro, os arquivos de consumo ostentam três, ou seja, poder econômico, tecnológico e de informação. Sem freios, transmudam-se em ameaça, não aos 'negativados', mas a toda a sociedade, pondo em risco garantias constitucionais inalienáveis, base da nossa civilização.**

*Realmente, o que está em jogo aqui não são os interesses isolados e fragmentados de alguns, ou mesmo de milhares de indivíduos desabonadores, maus pagadores, inadimplentes ou párias do crédito. Não é isso que impressiona e põe força do Direito em movimento. O que marca e preocupa – por isso a natureza amplíssima dos interesses protegidos – é a defesa da coletividade dos bons devedores, que igualmente está à mercê dos abusos praticados pelos bancos de dados. É danosidade difusa e não individual que, em última análise, estimula o legislador. A operação dos bancos de dados, se não exercida dentro de certos limites, se transforma em 'dano social'.*

*Como se sabe, nas democracias modernas o cidadão é titular de um largo rol de direitos assegurados constitucionalmente. A existência e operação dos bancos de dados, se entregues à sua própria sorte, põem em risco vários desses direitos, ditos fundamentais.'*

*(BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover (et al). Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. 1, Direito Material, p. 420).*

*4. Na hipótese, a recorrida inseriu o nome de pessoa homônima em seus cadastros sem o mínimo de cuidado – a recorrente não era devedora nem ré em ação judicial -, é de investigar, destarte, se estaria amparada no exercício regular de seu direito (CC, art. 188, I). Nesse passo, o Código do Consumidor disciplinou em uma única seção 'os bancos de dados e cadastros de consumidores', estabelecendo limites e critérios aos quais, na seara do mercado de consumo, podem ser desenvolvidos e utilizados, sempre visando respaldar em específico a dignidade dos consumidores.'*

*(RECURSO ESPECIAL Nº 1.297.044 – SP (2011/0296252-5) Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, jul. 20 de agosto de 2015)*

Dúvida ainda surge se há ato ilícito na conduta de manter o nome do consumidor que pagou a obrigação depois de vencida, ou seja, tinha-se uma informação veraz, por existir um inadimplemento, que se torna inverídica em razão do pagamento. Diante deste quadro, a quem caberia providenciar a baixa desta informação, inicialmente verídica?

A dúvida ainda se agrava em razão de tratamentos legais diversos, enquanto o CDC, no seu art. 73, é claro no sentido de ser do fornecedor a obrigação de baixa, a Lei nº 9.492/1997 (Lei de Protesto de Títulos) aponta em seu art. 26 para obrigação do devedor,

seja ele consumidor ou não, ao prever que o cancelamento do protesto será solicitado mediante a apresentação do documento protestado no Tabelionato.

O tema vem se sedimentando no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser do arquivo de consumo a obrigação de baixar a informação inicialmente verdadeira que se tornar inverídica, depois da quitação da prestação obrigacional inicialmente inadimplida.

*DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL. MANUTENÇÃO INDEVIDA DE NOME DE CONSUMIDOR EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. ÔNUS DA BAIXA DEPOIS DO PAGAMENTO. ARTS. 43, § 3º, E 73, DO CDC. É do credor, e não do devedor, o ônus da baixa da indicação do nome do consumidor em cadastro de proteção ao crédito, em virtude do que dispõe o art. 43, § 3º, combinado com o art. 73, ambos do CDC. A propósito, este último, pertencente às disposições penais, tipifica como crime a não correção imediata de informações inexatas acerca de consumidores constantes em bancos de dados. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1373.920/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão)*

### 5.3. Direito à prévia comunicação (§ 2º)

Ensina Sérgio Cavalieri Filho<sup>21</sup> que:

*Essa comunicação ou notificação prévia é obrigação da entidade cadastradora, sob pena de ter de responder civilmente. A rigor, é o meio que tem para exercer certo controle sobre as informações que lhe são prestadas – dar ciência ao consumidor em prazo razoável (alguns dias de antecedência) para que este possa exercer o direito de impugnar a inscrição ou pleitear a correção necessária.*

Aqui a discussão que permeou o debate acadêmico e jurisprudencial foi sobre a quem caberia a responsabilidade pela comunicação, matéria que restou pacificada com a edição da Súmula 359 do STJ: “Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro a notificação do devedor antes de proceder à inscrição”.

### 5.4. A retificação ou correção dos dados. (§ 3º)

Na interpretação do § 3º, do art. 43, o tema que causou grande perplexidade na doutrina foi a possibilidade da tutela judicial do direito de retificação e a possibilidade de inscrição de dados referentes a questões que se encontrem sendo discutidas judicialmente, especialmente nas ações revisionais de contrato bancário.

Vencida uma obrigação com lastro contratual, enquanto ela é debatida judicialmente, o inadimplemento contratual pode ser publicizado nos arquivos de consumo?

Neste ponto, a jurisprudência se pacificou no sentido de que: a) a discussão judicial não impede o direito de inscrição – exercício regular de direito pelo credor- e b) a baixa da inscrição exige: (i) caução do valor discutido e (ii) verossimilhança da alegação.

<sup>21</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.



*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CANCELAMENTO OU ABSTENÇÃO DE INSCRIÇÃO DE NOME NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REQUISITOS. MANUTENÇÃO NA POSSE DO BEM. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.*

*1.- Para que seja deferido o pedido de cancelamento ou de abstenção da inscrição do nome do contratante nos cadastros de proteção ao crédito, é indispensável que este demonstre a existência de prova inequívoca do seu direito, com a presença concomitante de três elementos: a) ação proposta por ele contestando a existência integral ou parcial do débito; b) demonstração efetiva da cobrança indevida, amparada em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) sendo parcial a contestação, que haja o depósito da parte incontroversa ou a prestação de caução idônea, a critério do magistrado. Essa a orientação da Segunda Seção (REsp 527.618/RS, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, DJ 24.11.03).*

*2.- o simples ajuizamento de ação revisional, com a alegação da abusividade das cláusulas contratadas, não importa no reconhecimento do direito do contratante à antecipação da tutela, sendo necessário o preenchimento dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil.*

*3.- Para que seja deferido o pedido de manutenção do devedor na posse do bem, é indispensável que este demonstre a verossimilhança das alegações de abusividade das cláusulas contratuais e dos encargos financeiros capazes de elidir a mora, bem como deposite o valor incontroverso da dívida ou preste caução idônea.*

*4.- A verificação da ocorrência ou não dos pressupostos para a concessão de antecipação de tutela demanda reexame do conjunto probatório dos autos, providência vedada em sede especial, a teor da Súmula 07/STJ.*

*5.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1336901/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 05/10/2012)*

## **5.5. O cancelamento da inscrição (§ 1º, in fine e § 5º)**

Em regra, a inscrição deve ser cancelada sempre que a obrigação vier a ser paga ou ser declarada inexigível por decisão judicial. Superadas essas hipóteses, a inscrição pode ser mantida por cinco anos, como prevê o § 1º, do art. 43, do CDC, ou no prazo prescricional da obrigação, na forma do § 5º do mesmo artigo.

Aqui a Súmula 323 STJ: “A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de 5 anos, independentemente da prescrição da execução”. Tem-se entendido que enquanto possível a ação de cobrança, possível o protesto de título que ampara e abertura de ficha no banco de dados, como se extrai da Súmula 17<sup>22</sup> do TJSP.

Todavia, inexistindo ação judicial, passados cinco anos e/ou prescrita a execução do título executivo, a informação deve ser retirada e esta obrigação, como visto acima, cabe ao fornecedor que providenciou a inscrição.

<sup>22</sup> TJSP, Súmula 17: “A prescrição ou perda de eficácia executiva do título não impede sua remessa a protesto, enquanto disponível a cobrança por outros meios.”



## 6. Conclusão

A concessão do crédito é ato de confiança, o que justifica ao fornecedor buscar informações precisas em banco de dados de consumidores, a fim de viabilizar as condições do negócio.

Contudo, não se ignora o grande potencial ofensivo dos bancos de dados aos direitos da personalidade, especialmente, à privacidade e à honra.

A coleta, o arquivamento e a divulgação de dados incorretos de devedores viola a honra, na medida em que atinge a imagem pública do consumidor.

Assim, a preocupação do legislador foi, então, a de compatibilizar os valores constitucionais envolvidos, esclarecendo que os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão.

Também, o legislador determinou que a inscrição em cadastros deve ser previamente comunicada e que o consumidor tem o direito de retificação, correção dos dados incorretos, além do cancelamento após o pagamento do débito.

Portanto, deve-se destacar a importância da responsabilidade civil dos bancos de dados de devedores inadimplentes, sendo certo que – observadas as premissas do Código de Defesa do Consumidor – os bancos de dados constituem fontes de informações imprescindíveis ao mercado de consumo.

## 7. Bibliografia

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e *et al.* *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Revista de Direito de Consumidor – RDC*, v. 44, p. 194-195.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil dos bancos de dados de proteção ao crédito: diálogo ente o CDC e a lei do cadastro positivo*. Disponível em: <https://bit.ly/2VYNCBu>. Acesso em: 8 jun. 2017.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Revista de Direito de Consumidor – RDC*, v. 46, p. 356.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 4. ed. São Paulo: Leud, 2001.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares *et al.* In: CRETILLA JÚNIOR, José; DOTTI, René Ariel (coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. Considerações sobre os bancos de dados de proteção ao crédito no Brasil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Responsabilidade civil: direito à informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010. v. 8.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PELLEGRINI, Ada *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: 2011.

ZIEMIECKI, Diego. *A inscrição dos consumidores em bancos de dados durante a pendência de litígio judicial: análise jurisprudencial*. São Paulo: Conceito, 2012.









*Coordenação geral*  
Wanderley José Federighi

*Coordenação editorial*  
Marcelo Alexandre Barbosa

*Capa*  
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

*Editoração, revisão, impressão e acabamento*  
Tikinet

*Formato*  
175 x 245 mm

*Mancha*  
140 x 210 mm

*Tipologia*  
Trebuchet MS

*Papel*  
Capa: Cartão Revestido 250g/m<sup>2</sup>  
Miolo: Offset Branco 75g/m<sup>2</sup>

*Acabamento*  
Cadernos de 16pp.  
costurados e colados – brochura

*Tiragem*  
700 exemplares

Junho de 2019