

A efetivação dos direitos básicos à educação e à informação do consumidor – apontamentos em função da pandemia do coronavírus (Covid-19)

Alexandre David Malfatti¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. O direito do consumidor e a pandemia: impossibilidade de retrocesso na proteção jurídica do consumidor; 2. Os direitos básicos do consumidor à educação e à informação na pandemia; 3. A atuação do magistrado na solução dos litígios de consumo relacionados com a pandemia – enfoque a partir dos direitos básicos à educação e à informação do consumidor; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. O direito do consumidor e a pandemia: impossibilidade de retrocesso na proteção jurídica do consumidor

Atualmente, não se discute a necessidade de proteção do consumidor. Cuida-se de um ponto de partida – verdadeira premissa – para qualquer estudo que objetive analisar as relações jurídicas entre o fornecedor e o consumidor.

A Constituição Federal de 1988 (CF) positivou como direito fundamental a promoção pelo Estado da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII). Esse comando constitucional, insista-se, deve ser interpretado como dever de todos os poderes do Estado: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

¹ Especialista em processo pela USP. Mestre e Doutor pela PUC-SP. Professor e Coordenador da área de Direito do Consumidor na Escola Paulista da Magistratura. Palestrante em cursos de especialização. Autor de obras jurídicas nas áreas de Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.

O presente estudo terá como foco a atuação do Poder Judiciário.

Inicialmente, é oportuno destacar que a atuação do Poder Judiciário na atividade do Estado de promoção da defesa do consumidor não exclui a incidência dos demais direitos fundamentais, tampouco das garantias constitucionais. E, para cumprir aquela missão constitucional, o juiz continua imparcial.

O reconhecimento de situações de desigualdade – a relação de consumo retrata apenas uma dessas situações – exige dos membros do Poder Judiciário uma atuação voltada para a concretização dos direitos fundamentais, de sorte que sejam perseguidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º CF).

A declaração e a implementação de direitos materiais do consumidor ou a adoção de medidas processuais em favor do consumidor como resultados das decisões judiciais possuem a finalidade específica de aplicar as normas do ordenamento jurídico na justa medida para redução das desigualdades, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária e como garantia de desenvolvimento nacional (social e econômico).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) transformou-se na principal lei – verdadeira lei geral – a disciplinar a relação jurídica de consumo. Nas palavras do Ministro Herman Benjamin (1992, p. 18), o CDC constituiu-se como “a morada principal estabelecida” do direito do consumidor.

A primeira questão colocada para reflexão: *diante dos efeitos sociais e econômicos causados pela pandemia, há espaço para retrocesso na proteção jurídica do consumidor?*

Parece-me que a resposta deve ser negativa. Não há espaço para retrocesso na proteção e defesa do consumidor inserida na ordem jurídica - em seus patamares constitucional e legal.

Neste sentido, colhe-se o magistério do professor e Ministro Ricardo Lewandowski (2018)²:

² O Supremo Tribunal Federal já proclamou a aplicação do princípio do não retrocesso em vários precedentes: (i) ADI 4.717/DF, relatora Ministra Carmen Lúcia, julgado em 05/04/2018 e (ii) ADI 5016/BA, Tribunal Pleno, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 11/10/2018.

O princípio da proibição do retrocesso, portanto, impede que, a pretexto de superar dificuldades econômicas, o Estado possa, sem uma contrapartida adequada, revogar ou anular o núcleo essencial dos direitos conquistados pelo povo. É que ele corresponde ao mínimo existencial, ou seja, ao conjunto de bens materiais e imateriais sem o qual não é possível viver com dignidade.

Todavia, deve ser admitida a excepcionalidade da situação atual, que exige dos intérpretes das normas jurídicas uma reflexão profunda sobre os valores, os princípios e as regras incidentes.

No exame da ADI 4.350/DF pelo Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 23 de outubro de 2014, colhe-se do voto vencedor a seguinte passagem:

O princípio da vedação ao retrocesso social não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais.

O enfrentamento daquela situação excepcional não deve proporcionar soluções apressadas e que tenham apenas uma explicação genérica a partir das consequências negativas para a economia ou fundadas no temor de graves prejuízos econômicos aos fornecedores. Mas, igualmente, não pode impedir a atividade legislativa estatal na busca de soluções.

Oportuno o magistério do professor Canotilho (2003, p. 339-340):

A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente

ao respeito pela dignidade da pessoa humana. [...] O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.

Esse alerta inicial tem razão de ser. As soluções a serem identificadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não podem significar uma reversão de direitos dos consumidores, ainda que, em alguma medida, tragam limitações ou condições impostas pela pandemia. Essas novas situações jurídicas devem ser acompanhadas de mecanismos que preservem o núcleo fundamental dos direitos dos consumidores atingidos pelas soluções identificadas, em especial como funcionarão em termos alternativos ou compensatórios.

Os direitos dos consumidores não poderão ser anulados. As soluções que cogitem ou pratiquem anulação, revogação ou aniquilação do núcleo de proteção e defesa dos direitos dos consumidores serão inconstitucionais.

O desafio maior será buscar soluções jurídicas adequadas à realidade do caso concreto, mas moldadas e baseadas nos princípios jurídicos insculpidos pelo artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, sublinhando-se:

- a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo,
- a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo (consumidor e fornecedor) tendo como base principal a boa-fé e o equilíbrio e
- a educação e a informação dos fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres.

O consumidor não deixou de ser vulnerável no mercado de consumo. Era antes da pandemia, continuou a ser durante a pandemia e

assim permanecerá depois da pandemia. E não se pode perder de vista, como adverte a professora Cláudia Lima Marques (2004, p. 34), que “identificar este sujeito protegido, sujeito de direitos especiais, agente escolhido para receber um microsistema tutelar legal é a pedra de toque do CDC”.

A harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor demanda sempre a verificação do comportamento das partes (antes, durante e depois de estabelecida a relação de consumo) e viabilização de uma solução equilibrada (econômica e socialmente).

E, no estudo proposto neste artigo, pode-se afirmar que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da necessidade de harmonização dos interesses exige que os direitos e deveres do fornecedor e do consumidor sejam analisados a partir da educação e da informação a eles proporcionada ou por eles assimilada.

Educar envolve a atitude de buscar a efetiva compreensão pelo fornecedor e consumidor do exercício dos seus direitos e deveres. Dispõe o artigo 205 da Constituição Federal: “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Ao final do processo educacional como responsabilidade do Estado, da sociedade e da família, o fornecedor e consumidor estarão aptos à compreensão e exercício dos direitos e deveres no âmbito da relação de consumo e da própria sociedade.

A educação como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo constitui poderoso instrumento transformador em favor da sociedade e do Estado.

Em sentido estrito, como assinalado por Jorge Ferreira Sinde Monteiro (1989, p. 15-16), a informação é a exposição de uma determinada situação de fato, que versa sobre pessoas, coisas ou qualquer outra relação.

E a pandemia trouxe exemplos significativos que afetaram as relações de consumo.

Noticiaram-se problemas da educação financeira (de fornecedores e consumidores) e das informações aos fornecedores sobre as linhas de crédito criadas, conforme artigo veiculado pela CNN Brasil em 9 de abril de 2020:

A falta de informação circunda o setor mesmo quando as propostas envolvem os micro e pequenos empresários. O Senado aprovou, nesta terça-feira (7), um projeto de lei para criar uma linha de crédito especificamente para micro e pequenas empresas durante crise do coronavírus. Entretanto, de acordo com o levantamento do Sebrae, somente 14,2% dos empresários conhecem bem a medida.

Políticas governamentais e iniciativas sociais foram adotadas com a ambição de educar e informar sobre as condutas de isolamento e afastamento social, incluindo, dentre outras, aquelas relacionadas à necessidade de espaço entre as pessoas, à higienização correta das mãos e à utilização adequada das máscaras de proteção.

Estabeleceu-se um novo e inafastável cenário dos espaços de consumo (shopping centers, lojas, bares, restaurantes, academias, parques, dentre outros) com regras de frequência, utilização de serviços, comercialização, pagamento, retirada de produtos.

E por certo ninguém se arriscará a qualificar as novas regras, mais exigentes no comportamento do consumidor naqueles espaços, como de pronto abusivas e ilegais – numa perfunctória análise de seu conteúdo (art. 51, IV CDC). Essas normas protegem a vida e a saúde do consumidor.

Entretanto, será necessário verificar, sob o enfoque dos direitos básicos à educação e à informação, se os consumidores tiveram aqueles direitos básicos respeitados.

2. Os direitos básicos do consumidor à educação e à informação na pandemia

Ao lado dos princípios que formam a Política Nacional das Relações de Consumo,³ destacam-se os direitos básicos do consumidor, pre-

³ Importante frisar que a legislação brasileira está em harmonia com as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor. Essas diretrizes foram aprovadas pela Assembleia Geral em sua Resolução 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente pelo Conselho Econômico e Social em sua Resolução 1999/7, de 26 de julho de 1999, e revisadas e aprovadas pela Assembleia Geral em sua Resolução 70/186, de 22 de dezembro de 2015. São reconhecidas pelas Nações Unidas

vistos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. A lei detalha os direitos fundamentais à proteção do consumidor, de plena e imediata eficácia. Configuram direitos indispensáveis ao equilíbrio da relação de consumo, promovendo a igualdade de condições entre consumidor e fornecedor.

Interessa reproduzir, dentre os direitos básicos do consumidor, aqueles previstos nos incisos II e III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

II – educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

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

Como assinalam Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz (2006, p. 53), a desigualdade na relação entre fornecedores e consumidores vem, em grande parte, da desigualdade de suas informações. Enquanto os fornecedores conhecem os produtos e serviços colocados no mercado de consumo, os consumidores são, em sua maior parte, incapazes de julgar – especialmente antes da aquisição – os produtos e serviços ou fazer distinção entre eles. Sendo assim, o direito à informação tornou-se, a justo título, um dos temas maiores de toda a política de defesa dos consumidores.

Nessa linha, um dos painéis de conclusões do 5º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor (2000) versou sobre o direito básico à informação e o aprovou por unanimidade:

a vulnerabilidade do consumidor em situação de desvantagem ou sujeição, o direito dos consumidores a uma informação adequada e que lhes permita fazer escolhas fundamentadas e conforme os desejos e necessidades de cada um e o direito do consumidor a ser educado, inclusive sobre as consequências ambientais, sociais e econômicas oriundas das suas escolhas.

1. O direito à informação, conferido ao consumidor, é espécie do gênero Direitos Fundamentais, como especificação da tutela constitucional do consumidor, tendo sido expressa e conjuntamente previsto nos incisos XIV, XXII e XXXIII do artigo 5º da CF/88. Essas normas são de aplicabilidade imediata, como direitos de prestação e proteção, dirigidos ao legislador, ao Judiciário (neste caso, como critérios nucleares de interpretação), à Administração Pública e aos Particulares, conformadores nas normas infraconstitucionais, inclusive do Código de Defesa do Consumidor.

Nas precisas palavras dos professores Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (2003, p. 150) sobre o tema:

Informar é mais do que cumprir com o dever anexo de informação é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando danos morais e agindo com lealdade (pois é o fornecedor que detém a informação!) e boa-fé.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a relevância do direito à informação do consumidor em inúmeros precedentes,⁴ merecendo destaque o REsp. nº 1.364.915-MG, 2ª Turma, relator Ministro Humberto Martins, julgado em 14 de maio de 2013:

⁴ Em recente notícia veiculada no site do Superior Tribunal de Justiça, destacaram-se inúmeros outros julgados sobre o tema: (a) informação adequada sobre riscos de cirurgia (REsp. nº 1.540.580j), (b) dever de comunicação ao consumidor sobre descredenciamento de clínicas mesmo que a decisão não tenha partido das operadoras do plano ou seguro saúde (REsp. nº 1.561.445), (c) informação sobre o “*contém glúten*” nos rótulos dos alimentos industrializados acompanhada da advertência de que “*o glúten é prejudicial à saúde dos consumidores com doença celíaca*” (REsp. nº 1.515.895), (d) necessidade de informação ao consumidor sobre cancelamento de voos sem justificativa técnica ou de segurança (REsp. nº 1.469.087), (d) qualificou como publicidade enganosa televisiva aquela que não transmite informações sobre preço e forma de pagamento, condicionando-a à ligação telefônica tarifada (REsp. nº 1.428.801), (e) identificou vício de quantidade na hipótese em que o fornecedor reduz o volume da mercadoria sem informar essa alteração na embalagem de forma clara, precisa e ostensiva (REsp. nº 1.364.915), (f) concluiu pela invalidade da cláusula do contrato de seguro que exclui a cobertura do furto simples por falha no dever geral de informação (REsp. nº 1.293.006) e (f) mesmo reconhecendo a validade do conteúdo, estabelece a prévia informação como condição para incidência da cláusula que transfere ao consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de compra e venda de imóveis (Tema 938 de incidente de recursos repetitivos e REsp. nº 1.747.307).

Mais do que obrigação decorrente de lei, o dever de informar é uma forma de cooperação, uma necessidade social.

Na atividade de fomento ao consumo e na cadeia fornecedora, o dever de informar tornou-se autêntico ônus pró-ativo incumbido aos fornecedores (parceiros comerciais, ou não, do consumidor), pondo fim à antiga e injusta obrigação que o consumidor tinha de se acautelar (*caveat emptor*).

E, prosseguindo-se na análise dos efeitos da pandemia sobre as relações de consumo, observa-se que esse período provocou um agravamento na assimetria de informações.

Como apontado anteriormente, as micro e pequenas empresas (fornecedores) apresentaram dificuldades de acesso à educação e informação sobre o crédito a elas disponibilizado pelas políticas governamentais da pandemia. Porém, não se pode colocar em dúvida o esforço das entidades de fornecedores na busca de condições para a retomada da economia e das atividades empresariais, incluindo uma comunicação institucional voltada à reabertura dos estabelecimentos comerciais.

Esse panorama, de um lado, permite concluir que há um campo promissor de formação (educação) e informação do fornecedor para promoção de sua atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo.

O mesmo movimento de educação e informação aos consumidores parece exigir esforços maiores do Estado e da própria sociedade. E a concretização dos direitos básicos à educação e informação do consumidor tem como antecedente a capacidade do fornecedor de conhecer e transmitir a mensagem.

Aqui uma advertência: não se pode diminuir ou restringir a obrigação do fornecedor de educar e informar o consumidor sobre os produtos e serviços como resultado da pandemia. Espera-se justamente o oposto!

Some-se a isso um dado social preocupante: o Brasil apresenta elevadas taxas de analfabetismo e analfabetismo funcional. A taxa de analfabetismo das pessoas com 15 anos ou mais de idade no Brasil em

2018 era de 6,8%.⁵ O analfabetismo funcional no mesmo ano alcançava 29% da população segundo dados do Inaf Brasil 2018.⁶ É classificado como analfabeto funcional um indivíduo que não consegue entender pequenos textos. Esses indivíduos, mesmo sendo capazes de ler alguns textos, não desenvolveram a capacidade de interpretação.

O acesso à educação e informação no Brasil traduz um problema social que revela a desigualdade estrutural do nosso país, isto é, que tem origem nas diversas desigualdades: as camadas de renda, as regiões brasileiras, as faixas etárias, a raça e os gêneros.⁷

Pode-se lançar uma segunda questão: *diante dessa desigualdade estrutural, como concretizar os direitos básicos à educação e à informação do consumidor em tempos de pandemia?*

A realidade brasileira deve servir de causa e efeito para as ações estatais de execução (Poder Executivo), criação (Poder Legislativo) e aplicação (Poder Judiciário) das normas e do direito para enfrentamento da pandemia.

E, no campo da autonomia privada, a sociedade deve pautar suas ações com observância aos princípios e direitos fundamentais também atenta para aquilo que se apresenta no nosso país.

Essas afirmações ecoam como óbvias?

A indagação contém uma provocação evidente e destinada a estimular reflexões dos profissionais do direito. O desafio por vir, insista-se, é enorme. Sem qualquer visão que possa ser rotulada como “assistencialista”, o que se propõe no presente estudo é muito diferente.

Em primeiro lugar, a análise deve buscar a identificação dos envolvidos.

⁵ Página do IBGE “Conheça o Brasil: população: educação”: “No Brasil, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) 2018, a taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais de idade foi estimada em 6,8% (11,3 milhões de analfabetos).” E mais adiante: “Também em 2018, 48,1% da população de 25 anos ou mais de idade estava concentrada nos níveis de instrução até o ensino fundamental completo ou equivalente; 27% tinham o ensino médio completo ou equivalente; e 16,5%, o superior completo.”

⁶ Resultados preliminares do Inaf Brasil 2018. Indicador de Analfabetismo Funcional. Esse estudo destaca os indicadores do analfabetismo funcional a partir da renda, regiões brasileiras, cor, gênero etc.

⁷ Essa conclusão tem como suporte o estudo mencionado na nota anterior e também o estudo desenvolvido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira no âmbito do Ministério da Educação e denominado Mapa do analfabetismo no Brasil.

O consumidor deve ser considerado individual e coletivamente.

Numa situação individual, será essencial a constatação do consumidor e do fornecedor envolvidos na relação jurídica examinada.

Qual consumidor celebrou o contrato, por exemplo? Que informações ele recebeu no momento da formação do contrato? Ele foi educado e informado a como usar o produto ou serviço? O consumidor tinha condições de assimilar as informações, levando-se em conta idade, nível educacional e posição econômica? Qual era a situação econômica e emocional do consumidor para compreender os contornos da oferta, da publicidade ou do contrato? O consumidor teve informações sobre os riscos do serviço ou do produto para sua saúde ou mesmo acerca dos riscos econômicos do negócio jurídico?

As variadas respostas para essas múltiplas indagações poderão auxiliar na definição do consumidor individualmente considerado no caso concreto.

Por exemplo, se o consumidor for alguém provido de mínima instrução, terá possibilidade de assimilar as informações contidas nas regras de comportamento (condições e limitações) dos espaços de consumo. O consumidor pode ler e compreender normas específicas que imponham distanciamento social, medição de temperatura e uso de luvas ou máscaras em shoppings centers, lojas e restaurantes.

Evidentemente, quanto mais complexas as exigências de interpretação do que estiver escrito nas regras de comportamento ou nas cláusulas contratuais, menos as novas exigências da pandemia poderão vincular o consumidor (art. 46 CDC). Deve ser imposto ao fornecedor que efetive os direitos básicos à educação e informação daquele consumidor que apresenta limitações de instrução e dificuldades na cognição da mensagem.

Igual raciocínio deve ser feito em relação ao fornecedor. Qual é a empresa ou o empresário individual envolvido no fornecimento do produto ou serviço? Qual a posição daquele fornecedor no cenário econômico? Qual o domínio do fornecedor sobre os conhecimentos técnico, científico e comercial envolvidos na colocação do produto ou serviço no mercado de consumo? O fornecedor tinha condições de prestar informações adequadas, claras, completas e verdadeiras ao consumidor?

Quais eram as informações essenciais e relevantes a serem prestadas pelo fornecedor ao consumidor?

As variadas respostas para essas múltiplas indagações poderão auxiliar na definição do fornecedor individualmente considerado no caso concreto.

Dificuldade adicional será encontrar as respostas a para solução dos conflitos que envolvam direitos coletivos (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) dos consumidores, isto é, quando o consumidor for coletivamente considerado.

Certamente, quando a análise envolver direitos coletivos, a ponderação e interpretação dos valores, princípios e regras exigirá cautela redobrada. E, no campo de atuação do Poder Judiciário, as soluções (decisões) deverão guiar-se pela consideração do consumidor em seu estado de hipervulnerabilidade, para alcançar os consumidores portadores das mais variadas deficiências ou situações de sujeição.

Oportuno reafirmar que também na pandemia as partes (fornecedor e consumidor) não foram afetadas igualmente pela falta ou insuficiência de informações. A assimetria tornou-se ainda mais latente, até por conta da capacidade institucional do segmento empresarial. E não se colocou isso para apontar um problema, mas uma solução.

Se o direito do consumidor envolve um direito de massa, nada mais natural que novos comportamentos sejam esperados e exigidos. A colocação de produtos (alimentos, medicamentos e roupas, por exemplo) ou de serviços adaptados à nova realidade pós-pandemia acarretará a obrigação do fornecedor de valer-se de técnicas de informação adequadas no processo de comunicação com o consumidor – na concepção de embalagens, peças publicitárias e instrumentos contratuais de adesão.

O consumidor terá necessidade adicional de educação e informação, porque o ato de consumir envolverá seus direitos (fundamentais e básicos) à vida e à saúde. Mais do que isso. O consumidor deverá ser capaz de respeitar também os demais consumidores, igualmente atingidos pelos novos desafios.

3. A atuação do magistrado na solução dos litígios de consumo relacionados com a pandemia – enfoque a partir dos direitos básicos à educação e à informação do consumidor

O mundo busca responder às necessidades causadas pela pandemia. Para além daquilo que se aguarda no campo da ciência e tecnologia para tratamento da doença e descoberta da vacina contra a Covid-19 para enfrentamento da pandemia, também houve um movimento para soluções jurídicas.

Oportuno ressaltar alguns atos normativos que retrataram atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo para enfrentamento da pandemia.

Em 20 de março de 2020, o Decreto Legislativo 06/2020 reconheceu a ocorrência de estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020. Esse decreto serviu para atender as exigências da Lei Complementar 101/2000 (normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade fiscal).

O decreto atendeu a mensagem 93 de 18 de março de 2020 da Presidência da República enviada ao Congresso Nacional, destacando:

O desafio para as autoridades governamentais em todo o mundo, além das evidentes questões de saúde pública, reside em ajudar as empresas e pessoas, especialmente aquelas mais vulneráveis à desaceleração do crescimento econômico, a atravessar este momento inicial, garantindo-se que estejam prontas para a retomada quando o problema sanitário tiver sido superado. Neste sentido, a maioria dos países vêm anunciando pacotes robustos de estímulo fiscal e monetário, bem como diversas medidas de reforço à rede de proteção social, com vistas a atenuar as várias dimensões da crise que se desenha no curtíssimo prazo. Apesar da incerteza em relação à magnitude dos estímulos requeridos, bem como dos instrumentos de política mais adequados neste momento, a avaliação de grande parte dos analistas é que as medidas anunciadas têm apontado, em geral, na direção correta. Não há, porém, como evitar o choque recessivo no

curto prazo, que deve afetar a maioria dos países do mundo, inclusive o Brasil. Espera-se, porém, que essas medidas sejam capazes de suavizar os efeitos sobre a saúde da população e pelo menos atenuar a perda de produto, renda e emprego no curto prazo e facilitar o processo de retomada.

Esses primeiros atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo indicaram a gravidade da situação e o imenso impacto sobre a sociedade brasileira.

No campo das relações de consumo, ressaltam-se as seguintes regras:

- artigo 3º da Medida Provisória 925, de 18 de março de 2020: O prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas será de doze meses, observadas as regras do serviço contratado e mantida a assistência material, nos termos da regulamentação vigente. § 1º Os consumidores ficarão isentos das penalidades contratuais, por meio da aceitação de crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado.
- artigo 8º da Lei 14.010, de 10 de junho de 2020: Até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos.

As aludidas regras criadas devem ser interpretadas pelo Poder Judiciário em harmonia com os princípios e as regras do Código de Defesa do Consumidor. Não se pode retroceder, lembro, implementando por meio de decisões judiciais a revogação de direitos do consumidor sem medidas compensatórias ou alternativas. E sempre com atenção à realidade social e econômica do Brasil.

A partir daquelas regras, há algumas perguntas pertinentes: a viagem (passagem aérea) e a compra fora do domicílio devem ocorrer no período da pandemia? A informação prévia e adequada ao consumidor será relevante, isto é, terá importância a comunicação prévia pelo fornecedor de que o consumidor não poderá receber de imediato o valor da passagem não usufruída, ou ainda, de que ele não poderá trocar os

produtos perecíveis ou medicamentos quando os adquirir fora do estabelecimento e para entrega domiciliar?

As indagações são necessárias. Como será visto adiante, a peculiaridade do caso concreto e seus contornos fáticos podem subsidiar a fundamentação da decisão judicial.

Cogita-se para reflexão a hipótese de uma futura prolação de decisão judicial que imponha ao consumidor a espera de doze meses para ver devolvido o valor de passagens aéreas, mesmo para inadimplemento perpetrado pelo fornecedor antes da pandemia. Isso será um desvirtuamento e uma interpretação extensiva ilegal, porque além do que a Medida Provisória tem como objetivo – disciplinar as viagens frustradas durante a pandemia e a discussão sobre a devolução dos valores naquele período? E se a referida decisão judicial tiver como premissa a preservação do fornecedor, isto é, a diminuição de desembolso para não acarretar sua falência?

Interpretações ou conclusões que atentem contra direitos fundamentais e básicos dos consumidores não encontram, com o devido respeito, amparo no ordenamento jurídico constitucional e legal. Mesmo a pretexto de salvaguardar um objetivo maior de suposta preservação de empresas ou da atividade econômica, mormente quando não existem elementos concretos para dar suporte a isso.

Certamente não será uma decisão judicial de um caso concreto que impedirá as consequências econômicas negativas advindas da pandemia e experimentadas pelo fornecedor. E assim será ainda que se efetivem múltiplas decisões judiciais contrárias aos interesses econômicos do fornecedor. A prudência exigida na decisão judicial deve permitir soluções diferenciadas, mas sem permitir a exclusão de direitos dos consumidores.

Voltando à reflexão proposta, o caso concreto poderá sim dar ensejo à concessão de prazo para o fornecedor fazer o pagamento ao consumidor da sentença condenatória da devolução do preço das passagens, desde que justificada na decisão judicial. Essa possibilidade não está descartada em favor do fornecedor e, principalmente, pode ser adotada em favor do próprio consumidor, como será visto adiante. Mas deverá relacionar, de forma objetiva, a conclusão com os efeitos da pandemia.

Pode-se sustentar que uma decisão judicial com esse conteúdo busca preservar o direito de crédito do consumidor (devolução do

valor das passagens reconhecido na sentença condenatória), mas, à luz dos dados identificados no caso concreto, modula a condenação com a harmonização dos interesses envolvidos. Insista-se num ponto, até para evitar confusões: qualquer concessão deve basear-se em dados obtidos no conflito de consumo analisado, evitando-se sacrifícios de direitos de fornecedores e consumidores sem apoio em fatos verificados e provados.

Exemplo da prudência do magistrado no momento da pandemia é extraído do voto do Ministro Marco Aurélio ao apreciar como relator o pedido de liminar na ADI 6.406, ação que contesta a Lei Estadual do Paraná 20.187/20, que proíbe o corte do fornecimento de energia enquanto durarem as medidas de isolamento social decorrentes da pandemia da Covid-19: *In verbis*:

O texto constitucional não impede a edição de lei estadual que, sem versar especificamente a prestação dos serviços de fornecimento de energia elétrica e água, venha a produzir impacto na atividade desempenhada pelas concessionárias de serviço público federal, uma vez preservado o núcleo da regulação da atividade de fornecimento de energia elétrica e água, de competência da União.

Indaga-se: o legislador estadual, ao editar norma versando a proibição de cortes no fornecimento de serviços de energia elétrica durante a pandemia de covid-19, a imposição de multa em caso de descumprimento da medida e a previsão de regulamentação, pelo Executivo, do pagamento parcelado das dívidas relativas à prestação dos serviços após a emergência sanitária, interveio diretamente no núcleo de atuação das empresas voltadas à prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica e água, usurpando a competência privativa da União?

A resposta é negativa. A edição da norma não instituiu obrigações e direitos relacionados à execução contratual da concessão de serviços públicos. Buscou ampliar mecanismo de tutela da dignidade dos usuários - “destinatários finais”, na dicção do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, considerada a quadra inesperada, a quarentena, implementando providências necessárias à

mitigação das consequências da pandemia, de contornos severos e abrangentes.

[...]

O momento é de temperança, de compreensão maior. Com a Lei, buscou-se preservar bem maior do cidadão, ou seja, a dignidade, presente o isolamento social, como medida de enfrentamento da crise sanitária. (destaque nosso)

No caso dos serviços essenciais, em especial na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, a Resolução Normativa 878 de 24 de março de 2020 vedou a suspensão do fornecimento de energia por falta de pagamento (inadimplemento) dos consumidores residenciais de baixa renda e de área rural por 90 dias (a partir de sua publicação em 25 de março de 2020). O Supremo Tribunal Federal entendeu, até o momento (o julgamento não está finalizado), que não havia possibilidade de convivência e harmonia entre o comando normativo oriundo da União e aquele proveniente do estado, frisando a necessidade de decisões que mitiguem os efeitos da pandemia num momento de valorização da temperança e compreensão elevada para garantia da vida e da dignidade do cidadão (consumidor do serviço).

A proposta do presente estudo é que a intervenção positiva do magistrado no campo das relações jurídicas de consumo (em especial nos contratos de consumo) seja inspirada e guiada pelo referido julgamento do Supremo Tribunal Federal, aliando moderação (temperança) e elevação para aplicação da solidariedade (compreensão maior).

É preciso verificar a origem dos problemas (conflitos) nas relações de consumo, em especial se relacionados com a pandemia. Mas não é só. É imprescindível que se verifiquem os fatos que aconteceram antes, durante e depois daquela crise sanitária.

No campo dos direitos à educação e informação, deve-se examinar como os consumidores foram atendidos pelo fornecedor nos períodos da pandemia e pós-pandemia. Ou seja, como agiram os fornecedores na origem e nos efeitos dos problemas provocados pela referida crise. Esses pontos serão essenciais na compreensão dos contornos dos litígios de consumo pelo magistrado, a quem caberá inclusive

indagar e refletir sobre a cooperação e a boa-fé dos consumidores e dos fornecedores.

A preservação da dignidade da pessoa humana (da própria dignidade do consumidor), insista-se, deve permitir ao magistrado a concretização dos princípios (e cláusulas gerais) e dos direitos básicos do consumidor em consonância com os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º CF).

É oportuno destacar que não se trata de promover uma “farra de princípios”, porque não se pode negar a natureza jurídica dos princípios. O que se propõe é a aplicação correta e adequada dos princípios e dos direitos básicos que integram o ordenamento jurídico e, em especial, o Código de Defesa do Consumidor. É preciso compreender que os princípios integram o chamado “direito positivo”.⁸

A decisão fundamentada do magistrado deve explicar a incidência dos princípios e das regras, guardando lógica e sensibilidade aos problemas do nosso país. O objetivo da conservação do contrato de consumo deve promover a dignidade dos envolvidos e concretizar os direitos básicos do consumidor. Esse objetivo não interfere na incidência das normas protetivas do CDC (por exemplo a revisão do contrato – art. 6º, V), mesmo com a vigência da Lei 13.874/2019⁹ e da Lei 14.010/2020.¹⁰

Durante a pandemia, as fraudes contra os consumidores assumiram números preocupantes. Houve notícias de golpes contra os consumidores realizados por vendas promovidas em ofertas publicitárias enganosas na internet, televisão, WhatsApp e outras mídias. Foram listados, dentre outros, os seguintes golpes: (a) Ambev: “álcool em gel da Ambev. Registre-se”, (b) pedido de doação para fabricação da vacina

⁸ A doutrina dos princípios e das normas jurídicas é extensa e variada. Para dar suporte à afirmação, colhe-se o escólio do professor Paulo de Barros Carvalho: “Em termos de direito positivo, princípios são normas jurídicas portadoras de intensa carga axiológica, de tal forma que a compreensão de outras unidades do sistema fica na dependência da boa aplicação daqueles vetores. Acatando-se o enunciado assim formulado, preserva-se a uniformidade do objeto, permanecendo o sistema do direito posto como um conjunto de normas jurídicas: todas com a mesma estrutura sintática (homogeneidade sintática), porém diversas semanticamente (heterogeneidade semântica)”.

⁹ A Lei de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica ressalvou, embora isso fosse até desnecessário, que não poderiam ser afetados os direitos do consumidor (art. 3º, § 3º, II).

¹⁰ A Lei sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19) fez interferência pontual nas relações de consumo.

contra Covid-19, (c) Netflix: “nessa quarentena ganhe uma conta sem custo”, (d) Anatel: “internet gratuita”, (e) aplicativos falsos relacionados ao auxílio emergencial.

O isolamento social provocou uma vulnerabilidade adicional do consumidor. Ficou mais suscetível às ofertas e, como consequência, também aos golpes. Isso aconteceu em todo o mundo. As vendas pela internet (o comércio eletrônico) sofreram incremento durante a pandemia.

Em tempos de pandemia, intensifica-se a necessidade da proteção contratual do consumidor, preservando-se não só seus legítimos interesses econômicos, mas também e principalmente seus direitos à vida e à saúde.

O magistrado poderá vincular o fornecedor a ofertas efetivadas com informações precisas, nos termos dos artigos 30 e 35, ambos do CDC. Por exemplo, as promessas (ofertas) publicitárias sobre prazos de entrega de produtos ou da prestação de serviços relacionados com a pandemia – por exemplo, aquele com fins médicos ou de assistência à saúde.

No campo do direito à informação, resta destacar que a ausência ou a insuficiência da informação provocará a não vinculação do consumidor, nos termos do artigo 46 do CDC. Isto é, nos contratos de consumo celebrados durante a pandemia ou mesmo naqueles que tenham seus efeitos produzidos durante a pandemia ou no período posterior, caberá ao magistrado ainda maior rigor ao exigir do fornecedor o cumprimento do seu dever de informação.

A redação das cláusulas do contrato de consumo celebrado por instrumento de adesão (art. 54 CDC) deve cumprir as exigências impostas pelo direito à informação, mormente quando o negócio tiver sido celebrado durante a pandemia ou tiver seus efeitos projetados naquele período ou seguido a ele. Limitação de direitos demanda destaque - na letra e na localização do contrato ou da oferta, de modo a permitir fácil identificação e plena compreensão pelo consumidor.

A violação dos artigos 46 e 54 do CDC implicará o reconhecimento da nulidade da cláusula contratual. Esse ponto, friso mais uma vez, não pode ser objeto de revogação, restrição ou exclusão do direito à informação do consumidor pela decisão judicial, sob pena de retrocesso causado por atuação do Poder Judiciário.

Na intervenção dos contratos e na identificação de soluções de lado a lado, o magistrado deverá ser criativo para buscar soluções e opções. Não bastará simplesmente reduzir o preço do produto ou do serviço por conta dos efeitos negativos da pandemia sem verificar a consequência concreta da decisão judicial sobre o fornecedor ou sobre os demais consumidores. Mas poderá cogitar, por exemplo, a ampliação de prazos para quitação do preço, concessão de parcelamentos e até determinação de prorrogações de períodos contratuais.

A atuação do magistrado no plano da eficácia do contrato para produção de um resultado justo e equilibrado para as duas partes (consumidor e fornecedor) está albergada no ordenamento jurídico. Essa difícil tarefa de enfrentar um momento tão delicado do país, da sociedade e da economia não prescinde da participação ativa e responsável do Poder Judiciário.

No campo processual, o juiz de primeiro grau deve preparar-se para a solução pacífica dos litígios de consumo. Deve haver um investimento na face conciliadora do magistrado. Resolver o conflito pela via do acordo preserva a relação de consumo e, usualmente, proporciona maior satisfação ao consumidor e ao fornecedor.

Em curso promovido pela Enfam no dia 1º de junho de 2020,¹¹ discutiu-se a existência de um verdadeiro “dever de renegociação”. Não se cuidava de conceber uma imposição (obrigação) das partes a chegarem um acordo. Mas do dever de participar da renegociação, quando determinada essa etapa no âmbito do processo. E não se descartou a imposição de uma multa processual pela recusa ao comparecimento a uma negociação.

No campo do comportamento do consumidor, a atuação do juiz deve concretizar os direitos, mas também chamar a atenção para as obrigações. Deve ser exigida boa-fé do consumidor. Os excessos do consumidor nas demandas judiciais devem ser combatidos também na pandemia e no período que a seguir.

¹¹ Evento promovido pela Enfam – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 1º de junho de 2020. Coordenado pelo Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim e, no tema, contou com a participação dos Ministros Isabel Gallotti e Paulo de Tarso Sanseverino, além do magistrado Hector Valverde Santana.

As lides temerárias devem ser identificadas pelos magistrados com imposição de sanções processuais aos consumidores de má-fé. O Poder Judiciário não pode ser palco do abuso do direito de litigar por meio de ações judiciais fraudulentas - assim compreendidas aquelas em que a causa de pedir (elemento da ação) retrata narrativas falsas (que não correspondem à realidade).¹²

No campo do comportamento do fornecedor, a atuação do magistrado deve evitar a multiplicação de litígios com iguais fundamentos e que representam violação de direitos dos consumidores, durante a pandemia e no período que a seguir. A probidade do fornecedor pode ser extraída do seu comprometimento social e da sua relação com os consumidores. A diminuição do número de demandas judiciais representa importante dado sobre como a empresa é conduzida pelos seus sócios ou administradores.

4. Considerações finais

Evidentemente, tempos árdus são vivenciados pela sociedade como um todo – também pelos consumidores e fornecedores.

Numa sociedade que se caracteriza pela desigualdade estrutural, pelas dificuldades econômicas que reduzem alternativas para políticas governamentais e pelo receio do empresário em arriscar-se em novos investimentos, a solução dos litígios de consumo pelo Poder Judiciário permite uma última indagação: em tempos de pandemia, esses processos judiciais a serem decididos pelos juízes podem ser classificados como “casos difíceis”?

O presente estudo não assume a ambição de aprofundar a discussão teórica ou filosófica sobre o alcance da locução “casos difíceis” ou mesmo da divergência entre Hart e Dworkin sobre a discricionariedade do juiz.

¹² O Poder Judiciário de São Paulo recebeu e continua a receber inúmeras ações fraudulentas promovidas por consumidores. Por exemplo, ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com pedido de indenização por danos morais em que a petição inicial indicava a inexistência de contrato entre consumidor e fornecedor – fato que se verificava falso, porque demonstrada a contratação e a autenticidade da assinatura e a validade da manifestação e vontade. Evidentemente, essas vicissitudes de comportamentos não podem colocar em risco todo o sistema de proteção aos consumidores. Ações fraudulentas representam uma exceção à regra – prevalecem as ações idôneas promovidas pelos consumidores.

O objetivo da pergunta é provocar reflexão, externar a observação e a preocupação de que as soluções das ações judiciais na pandemia ensejam dificuldades na interpretação das normas e na fundamentação das decisões judiciais.

O juiz enfrentará a oposição de argumentos lógicos e capazes de servir como fundamentações razoáveis para as decisões judiciais.

A pandemia causa um desarranjo – real ou aparente – das normas e que demanda uma imprescindível valorização da aplicação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. No caso das relações de consumo, essas normas iluminarão a interpretação das regras relativas aos direitos básicos (art. 6º CDC), em que a concretização dos últimos guarde harmonia com toda principiologia do sistema jurídico de proteção do consumidor.

É neste sentido que se propõe uma atitude responsável, mas com ousadia na identificação das soluções pelo Poder Judiciário.

Quando necessário, e se não forem respeitados os direitos básicos do consumidor (notadamente à educação e informação), a decisão judicial deverá atuar no plano da validade, declarando-se a nulidade de cláusulas contratuais.

Além disso, o magistrado não pode ter receio de atuar no plano da eficácia dos contratos de consumo como forma de propiciar a um só tempo e numa justa medida o equilíbrio (fundado na boa-fé) entre as partes, preservar tanto quanto possível o negócio jurídico, realizar os interesses econômicos e dar efetividade aos direitos básicos do consumidor. Daí a possibilidade de, motivada pelos efeitos da pandemia, ser proferida uma sentença que veicule uma interpretação para as disposições contratuais com alcance para além do inicialmente imaginado e concebido pelos contratantes (consumidor e fornecedor), tais como suspensão dos efeitos da mora, concessão de parcelamento de débito ou pulverização no tempo de percentual de reajuste do preço.

Casos difíceis exigem soluções criativas dos juízes a partir do ordenamento jurídico, mas com riqueza e substância nas fundamentações das decisões judiciais. E, para que não surjam dúvidas, o que se pretende é a atuação de um “juiz real” e sensível à realidade brasileira, deixando de lado qualquer aspiração a um “juiz Hércules” (Dworkin).

Referências

AS RELAÇÕES de consumo e o dever de informação. *STJ Notícias*, Brasília, DF, 10 nov. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/33h9o8W>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *O direito do consumidor*. Justitia, São Paulo, v. 54, n. 160, p. 251-266, 1992. Disponível em: <https://bit.ly/3k3zxyS>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. *Mapa do analfabetismo no Brasil*. Brasília, DF: MEC. Disponível em: <https://bit.ly/2ZoTjNA>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BROTERO, Mathias. Mais de 600 mil pequenas empresas fecharam as portas com coronavírus. *CNN Brasil*, Brasília, DF, 9 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/33gQeQz>. Acesso em: 2 jul. 2020.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Princípios e sobreprincípios na interpretação do Direito*. São Paulo: Ibet. Disponível em: <https://bit.ly/2ZoAkCD>. Acesso em: 2 jul. 2020.

CONCLUSÕES do 5º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 35, p. 251-252, 2000.

CONHEÇA o Brasil: população: educação. *IBGE Educa*, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2ZmBTRH>. Acesso em: 30 jun. 2020.

INAF Brasil 2018: resultados preliminares. [S. l.]: Ação Educativa: Instituto Paulo Montenegro, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3m4e2zP>. Acesso em: 2 jul. 2020.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Proibição do retrocesso. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 1º fev. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3k2waZ3>. Acesso em: 2 jul. 2018.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese*, n. 7, 2004.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos: recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.