

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 948 DE 8 DE ABRIL DE 2020 E OS IMPACTOS SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO¹.

*Hildélis S. Duarte Junior²
Marcelo Artur M. Chada³*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Análise da Medida Provisória a partir de Premissas Constitucionais; 2. Impactos nos Direitos Sociais e Econômicos dos Consumidores; 3 Análise Crítica dos Elementos Normativos da Medida Provisória 948 de 08 de Abril de 2020; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tratou do tema da Medida Provisória nº 948, de 8 de abril de 2020, com foco nos impactos que sua edição causou nos direitos sociais e nas relações de consumo. O objetivo central do trabalho foi responder as perguntas: “quais consequências a Medida Provisória em questão trouxe para os direitos dos consumidores? Como harmonizar e equilibrar as relações de consumo em meio a uma pandemia que provocou uma grave crise econômica mundial?”. Adotou-se como metodologia de pesquisa o método de abordagem indutivo e o método de procedimento de análise de jurisprudência e análise bibliográfica. Os objetivos específicos do trabalho foram: compreender a Medida Provisória a partir de premissas constitucionais; analisar o impacto do referido ato normativo nos direitos sociais e econômicos dos consumidores e realizar a análise crítica da medida editada.

PALAVRAS-CHAVE: Medida Provisória nº 948; Direito do Consumidor. Impactos da pandemia nas relações de consumo. Proibição de retrocesso.

THE PROVISIONAL MEASURE Nº 948 OF APRIL 8th, 2020 AND ITS IMPACTS ON SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS IN THE CONSUMPTION RELATIONS

ABSTRACT: This article aims to analyse the recent Provisional Measure No. 948 of April 8th, 2020, issued by the Federal Government and its consequences in terms of social rights and consumer relations. The context in which the aforementioned provisional measure is inserted is the pandemic caused by the covid-19 that culminated in the decree of public calamity by Legislative Decree No. 06 of March 20th, 2020. The Provisional measure is a normative type formally provided for in the Federal Constitution of 1988 and it must be submitted due to the characteristic of the normative force of the constitutions defended by the neopositivist doctrine. Considering that the right of consumers is a fundamental right that is included in Article 5 of the Federal Constitution of 1988, Provisional Measure No. 948 of April 8th, 2020 and its social and economic consequences will be analysed from an analysis not only legal-positive, but above all axiological and of the potential for the realization of fundamental rights of consumers and other actors in a consumer relationship.

KEYWORDS: Provisional Measure No. 948. Fundamental consumer rights. Consumer relationship.

¹ Artigo acadêmico para avaliação referente à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional

² Advogado, professor e deputado estadual no Maranhão. Aluno do Doutorado em Direito Constitucional pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, mestre em Políticas Públicas pela UFMA – Universidade Federal do Maranhão, pós-graduado em Gestão Pública pela UEMA – Universidade Estadual do Maranhão.

³ Oficial de registros públicos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (2011), Pós graduado em Direito Constitucional, Administrativo, Ambiental, Tributário e Processual civil, Mestre em Direito – métodos alternativos de solução de conflitos pela Escola Paulista de Direito, Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público.

INTRODUÇÃO

Este artigo científico tem por objetivo trazer à lume a discussão acadêmica acerca dos elementos normativos da recente Medida Provisória 948 de 8 de Abril de 2020, que trata precipuamente do cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (covid-19), bem como da sua repercussão sobre os direitos sociais e econômicos da sociedade brasileira.

Esclareça-se de forma prévia e prudente que não temos, com este estudo, a pretensão de esgotar o assunto com dados empíricos ou ideias prontas com viés político-partidário. O que se almeja é a persecução de premissas fáticas, normativas e teóricas do Direito que nos permita alcançar, neste primeiro momento, alguns dos possíveis impactos nos campos sociais e econômicos dos direitos dos consumidores brasileiros.

O mundo enfrenta atualmente uma pandemia do COVID-19, ou seja, uma epidemia em nível global, doença causada pelo novo Coronavírus. Apesar da doença ter se originado na China, todos os dias milhares de novos casos e mortes em decorrência do vírus são registrados em quase todos os países.

Em 25 de fevereiro de 2020 tivemos o primeiro caso de COVID-19 confirmado no Estado de São Paulo, no Brasil. Desde então, quase 210 mil brasileiros foram a óbito em decorrência da COVID-19⁴ e mais de 8 milhões foram infectados. No mundo, o total de infectados já é superior a 95 milhões e o total de óbitos extrapola os 2 milhões de pessoas. Como o contágio se dá por meio do contato próximo, toque, espirro, tosse, a recomendação médica imediata foi a adoção do distanciamento social, o que ocasionou um grande impacto e mudanças drásticas na sociedade, como as restrições de deslocamento implementadas em diversos países.

Não há dúvidas de que tudo que está acontecendo no mundo gera impactos econômicos severos em todos os setores, do trabalhador informal à multinacional. Por

⁴ Dados atualizados até 17 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/01/17/casos-e-mortes-por-coronavirus-no-brasil-em-17-de-janeiro-segundo-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml>.

isso, averbe-se *prima facie* sobre a necessidade de agirmos com sensibilidade para resolver e não catalisar cada vez mais problemas, de modo que a potencialização destes problemas, que aparentemente caracterizam-se como conjunturais, pode acarretar na integração à realidade da sociedade por um longo período pós-pandemia, transmudando-se em dificuldades sociais e econômicas de matriz estrutural.

Não há dúvida de que estamos passando por um período totalmente inédito para todos. Ousa-se afirmar que nem em nossos piores pesadelos imaginaríamos viver tempos como os atuais. Tempos que mais se assemelham aos filmes hollywoodianos, como “Contágio”, “Eu sou Lenda” e outros; séries da Netflix e até mesmo algumas cenas do épico filme “Vingadores: Ultimato”, em que cidades por todo o mundo ficaram totalmente vazias, sem brilho, cores e o calor dos abraços.

Por óbvio, o presente estado de calamidade exige de cada um de nós, principalmente das nossas autoridades, sensibilidade, responsabilidade e um adequado senso de urgência. E mais que isso, precisamos apresentar soluções não apenas sanitárias, mas também jurídicas para minimizar os impactos sociais e também econômicos gerados pela tão falada e sentida pandemia.

Neste momento, como reflexo, nota-se os mais variados problemas também nas relações de consumo, que também nos exigem respostas equilibradas àqueles que clamam por soluções. São incontáveis casos que precisam ser harmonizados, tais como creches com atividades totalmente inviabilizadas, faculdades com ineficientes ambientes virtuais de aprendizagem, que prejudicam o direito à educação superior de seus alunos, os quais muitas das vezes sequer conseguem acessar o conteúdo e continuam pagando sem receber um adequado serviço educacional.

No que concerne aos bancos acadêmicos das faculdades, inobstante há muito tempo se falar sobre as vantagens do ensino a distância, infelizmente raras são as instituições que se planejaram e hoje estão preparadas para disponibilizar esse método com qualidade.

Apesar de ser um assunto caracterizado como um campo fértil para os mais diversos debates jurídicos na seara da efetivação de direitos fundamentais, neste artigo científico seccionaremos epistemologicamente o estudo para dar enfoque à Medida Provisória nº 948 de 8 de abril de 2020, e os seus prováveis reflexos nos direitos dos consumidores.

O primeiro capítulo está centrado na análise da Medida Provisória nº 948/2020 sob o viés constitucional e sua conformidade ou não com os preceitos da Constituição

Federal. O segundo capítulo traz à baila os impactos causados nos direitos sociais e econômicos dos consumidores brasileiros. Por fim, o terceiro capítulo faz uma análise crítica e mais aprofundada sobre a supramencionada medida, como as consequências práticas e jurídicas de sua implementação.

O objetivo central do trabalho foi responder as perguntas: “quais consequências a Medida Provisória em questão trouxe para os direitos dos consumidores? Como harmonizar e equilibrar as relações de consumo em meio a uma pandemia que provocou uma grave crise econômica mundial?”.

Adotou-se como metodologia de pesquisa o método de abordagem indutivo e o método de procedimento de análise de jurisprudência e análise bibliográfica. Os objetivos específicos do trabalho foram: compreender a Medida Provisória a partir de premissas constitucionais; analisar o impacto do referido ato normativo nos direitos sociais e econômicos dos consumidores e realizar a análise crítica da medida editada.

1. ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA A PARTIR DE PREMISSAS CONSTITUCIONAIS

A Medida Provisória nº 948, de 08 de abril de 2020 e, posteriormente, convertida na Lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020, trata do cancelamento de eventos culturais e do setor de turismo causado pela pandemia de Covid-19. Ela é considerada desejável e coerente para restabelecer um reequilíbrio do mercado e dos contratos, mas traz algumas controvérsias, que serão mais bem analisadas e dirimidas ao longo do presente artigo.

Partindo das premissas da Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1994, p. 08), hoje cada vez mais revisitada no meio acadêmico diante das práticas pretensamente “ativistas judiciais”, podemos ter como um prudente e vestibular consenso inicial para a inteligência dos impactos sociais e econômicos da Medida Provisória nº 948 de 8 de abril de 2020, que Direito não é apenas uma norma, mas sim um conjunto, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.

Com isto quer-se dizer, em palavras mais diretas e significativas do ponto de vista pragmático, que a manifestação do Direito enquanto conjunto de normas ocorre não apenas do seccionamento dos seus diversos ramos (Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal etc.), mas também das implicações fragmentárias que cada norma pode representar dentro de determinada sociedade politicamente organizada, a

exemplo dos direitos sociais e econômicos, que fazem parte do corte epistemológico deste artigo científico.

Ainda conforme a Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1994, p. 33), existe uma norma fundamental onde todas as demais encontram fundamentação teórica e normativa. No sentido lógico-jurídico, a norma hipotética fundamental; e no sentido jurídico-positivo, o próprio texto constitucional. Elucidativas as palavras de Kelsen (1994, p. 33):

Ainda nos valendo (...) o fundamento de validade de uma ordem normativa é (...) uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.

Fica claro, a partir desta breve exposição teórica, que a Medida Provisória 948, por ser uma espécie normativa prevista de forma expressa na Constituição Federal de 1988, deve-lhe guardar obediência e pertinência formal e material (normativa). Dentre os variados elementos constitucionais que podem incidir como parâmetro de observância obrigatória, os mais relevantes e que guardam maiores pontos de intersecção com o objeto deste estudo são justamente os diversos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Sem a pretensão de aprofundar o tema, que renderia um estudo à parte, julgamos salutar conceituar e convencionar o que seria um direito fundamental. Estabelecer conceitos de determinado instituto jurídico nunca é uma tarefa fácil e que conta com um resultado conclusivo, embora seja nitidamente cooperativo e abrangente ao permitir-se o afluxo de ideias empenhadas no objetivo comum de conceituação.

Sem desmerecer as demais conceituações, a clássica definição da doutrina brasileira em José Afonso da Silva (2013, p. 180) nos traz algo bastante completo e elucidativo:

Direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios, que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas

no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.

É recorrente conceituar os direitos fundamentais como os tencionados à proteção institucionalizada dos direitos da pessoa humana em face do arbítrio estatal, bem como de normas para a tutela de oportunização de condições humanas e mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (Les dimensions internacionales des droit de l'homme. Unesco, 1978, p. 11).

Ocorre que esta delimitação conceitual tradicional de direitos fundamentais já não é suficiente para a proteção dos direitos humanos. Considerando o fenômeno da globalização, com um maior afluxo de aportes financeiros elevados, com a formação de grandes conglomerados econômicos, o avanço tecnológico e a dominação política de algumas instituições privadas nacionais e internacionais (famigerados “lobbies”), hodiernamente não se mostra adequado vincular os direitos fundamentais a uma proteção contra a atuação estatal abusiva ou pouco concretizante de direitos sociais dos cidadãos (direitos fundamentais de segunda geração).

Observa-se uma lógica global e capitalista em que os países em que optam ou não conseguem adaptar-se à lógica de funcionamento das economias de mercado/sistema financeiro internacional acabam por ser alijados do processo globalizado de desenvolvimento, ocorrendo a chamada “fuga de capital estrangeiro”, algo muito comum nas sociedades onde a estabilidade política não é um traço marcante (SARMENTO, 2004, p. 47-48)⁵.

Como forma de compatibilizar esta realidade econômica na qual a força do capital é muitas vezes a pedra de toque de todo um sistema, advém a referência à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Esta teoria tem por anseio ontológico vincular que a obediência à força normativa da Constituição não deve espriar-se tão somente na obediência à força normativa da Constituição que se vincula à legislação infraconstitucional lato senso, mas também, e de forma muito mais material do ponto de vista social, toda pessoa jurídica, de direito público ou privado, nacional ou estrangeiro, que se encontre em território brasileiro ou submetido às

⁵ Aqui abre-se um parêntese para evidenciar que o que se está querendo externar não é algo muito distante da realidade brasileira. É fato notório que, longe de qualquer viés político-partidário ou ideológico, a instabilidade política entre os poderes da república, Governo Federal e governos estaduais agrava de forma cabal a crise causada pela pandemia do coronavírus (covid-19). Com a devida vênia, não julgamos pecar neste ponto pela impertinência acadêmica ao não trazer dados científicos que comprovem o que se acabou de afirmar, na medida em que se trata de uma impressão coletiva e geral de quase todo o seio acadêmico-jurídico, afora o fato de que esmiuçar este elemento acabaria por desviar o foco central do estudo.

regras da Constituição Federal brasileira de 1988, deve adequar-se aos seus parâmetros, com evidência aos direitos e garantias fundamentais como expressão maior dos direitos universais do homem e do cidadão.

Esclareça-se que tal conclusão é fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial, não estando expressa no texto da Constituição Federal de 1988, não sendo plausível, a partir dos fundamentos da república da dignidade da pessoa humana e da cidadania, bem como dos objetivos da república de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que a eficácia dos direitos fundamentais ficasse restrita às relações verticais e hierarquizadas entre o Estado e os cidadãos, nos moldes do constitucionalismo clássico.

Algumas teorias surgiram para tentar explicar a viabilidade da teoria da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, sendo a mais plausível a que prega a sua aplicabilidade direta e imediata, à semelhança do que ocorre entre Estado e indivíduo, na medida em que julgamos ser a que não cria obstáculos à efetivação máxima dos direitos fundamentais, fim maior da investigação acerca de sua aplicabilidade.

O grande entusiasta e defensor desta teoria foi Hans Carl Nipperdey, magistrado da Alemanha Ocidental que pregava haver alguns direitos fundamentais que, diversamente daqueles oponíveis tão somente em face do Estado, “outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*” (SARMENTO, 2004, p. 245).

De acordo com Ehrhardt Júnior (2018, p. 326-356), para esta teoria:

[...] é desnecessária uma ação intermediária para que sejam tais direitos fundamentais aplicáveis às relações interprivadas. Haveria uma desnecessidade de mediação legislativa ou de artimanhas interpretativas para a incidência dos direitos fundamentais. Obviamente, a verificação da aplicabilidade deve ser individualizada, dependendo das características de cada norma de direito fundamental. Não significa dizer que todos os direitos fundamentais serão aplicáveis em todas as relações. A aplicabilidade representa um nexo de pertinência entre a norma e o caso. Há, claro, direitos que são destinados exclusivamente às relações entre indivíduos e Estado. Nesta teoria, há um forte risco à sobrevivência da autonomia privada, além do comprometimento da clareza e da segurança essenciais às relações privadas, acostumadas que são com regras claras, detalhadas e bem definidas.

Coadunando com a conveniência da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, Luís Roberto Barroso (2005, p. 28) leciona que, diante da grande

desigualdade social e da ineficácia das instituições políticas, tal teoria adequa-se à realidade jurídica brasileira de maneira bastante eficaz:

Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade versus outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (c.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais).

Pode-se sintetizar que algumas das principais ideias defendidas pela doutrina brasileira para sustentar a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais são, exemplificativamente: inexistência de limitação expressa ou implícita à incidência das normas de direitos fundamentais apenas na relação existente entre Estado e cidadãos; o fato do artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988, determinar a busca pela efetividade maior das normas que se qualificam como direitos fundamentais; necessidade primária de cumprir ao máximo possível os fundamentos da república brasileira encartados em seu artigo 1º, com evidência, como não poderia deixar de ser, da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (NAKAHIRA, 2007). Destacamos ainda nossa visão, em acréscimo às lições doutrinárias colhidas em pesquisa, que o enfoque no já bastante debatido, mas nunca inesgotável, fundamento da República Federativa do Brasil na dignidade da pessoa humana acaba por ofuscar um outro grande papel (dever) do Estado brasileiro: garantir uma sociedade livre, justa e solidária, estampado no artigo 3ª, inciso I. Pensamos ser a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais um viés bastante concretizante e eficaz, do ponto de vista das relações sociais, para a aproximação deste ideal de sociedade (livre, justa e solidária), na medida em que despeja sobre todas as relações civis conceitos eudemonistas, de realizações de direitos inatos ao homem, sem precisar da interferência estatal necessária e prévia.

Em que pese o comportamento proativo da doutrina nacional a respeito da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações

privadas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao menos inicialmente, mostrava-se tímida, sem ater-se a maiores digressões e considerações sobre o tema⁶.

No entanto, dentro da ordem de ideias que tomava conta do meio acadêmico e doutrinário, no ano de 2006, a partir do Recurso Extraordinário nº 201819, pode-se falar que o Supremo Tribunal Federal expressamente, e devidamente respaldado em densa fundamentação teórica, tomou partido pela adoção da Teoria da Eficácia Horizontal Direta e Imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, estando o posicionamento atualmente consolidado:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...] IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO – grifos e omissões nossos.

Pois bem. Partindo-se do parâmetro doutrinário-constitucional exposto, surgem dois questionamentos: a) a respeito da força normativa da Constituição, em seu sentido da conformação legislativa que a Medida Provisória 948 com os direitos e garantias fundamentais; b) de que forma a Medida Provisória conflita com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

⁶ Julgados que exemplificam: Rext. n. 158215-4/RS, Rext. 161.243-6/DF, Rext. nº 251.445/GO.

O primeiro questionamento faz parte do próximo tópico deste estudo, e por questão didática, remetemos o leitor para o mesmo. No que concerne ao segundo questionamento, teceremos agora nosso ponto de vista.

Repisando que este estudo não tem qualquer viés incisivo do ponto de vista político, sendo um artigo essencialmente acadêmico e teórico, pensamos, com a devida vênia, que a Medida Provisória 948 acaba por dificultar a fluidez/eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ao intervir tão incisivamente nas relações de consumo, acabou por ferir de morte direitos fundamentais, o direito à liberdade (artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988) e à proteção/defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988).

Observe-se que a Medida Provisória 948, em seu artigo 2º, determina que na hipótese de cancelamentos das atividades enumeradas não serão obrigados a reembolsar os consumidores desde que cumpram algumas das condições previstas nos seus incisos⁷. A nosso sentir, a norma cria uma barreira de concretização dos direitos fundamentais já mencionados (direito à liberdade e proteção/defesa do consumidor) entre os cidadãos, alargando ainda mais o fosso econômico natural e inerente às relações de consumo entre fornecedores e consumidores, privilegiando demasiadamente o empreendedor em detrimento dos demandantes dos serviços (consumidores).

Não se tem notícias da existência na jurisprudência de controle judicial da constitucionalidade de atos normativos estatais por desconformidade com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Trata-se de um tema novo, senão inédito, do qual se está diante. No entanto, pensamos que o Estado brasileiro, com contumaz infelicidade, violou os princípios constitucionais implícitos inerentes à nossa República Democrática, da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo passível por tal prisma de controle de constitucionalidade, afora a questão da discutível caracterização de ser a medida provisória um ato normativo de efeitos concretos, caracterização esta que demandaria uma infinidade de desdobramentos e de oportunidade de controle na esfera jurisdicional.

⁷ Art. 2º Na hipótese de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem:

I - a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos cancelados;

II - a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos, disponíveis nas respectivas empresas; ou

III - outro acordo a ser formalizado com o consumidor.

É óbvio, e está latente e pujante no discurso até aqui traçado, que a força gravitacional do controle de constitucionalidade a partir da desconformidade da Medida Provisória com os direitos fundamentais é o caminho natural e inevitável de qualquer estudioso que se debruce sobre o tema. No entanto, neste tópico, buscou-se trazer uma nova abordagem a partir da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e de que forma a Medida Provisória impactou negativamente nesta eficácia, mormente, como se sugeriu, a partir dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

2. IMPACTOS NOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DOS CONSUMIDORES

No primeiro capítulo, verificou-se o descompasso entre a Medida Provisória nº 948/2020 e a Constituição Federal. Agora, passa-se à análise da referida MP e o Código de Defesa do Consumidor, a principal norma infraconstitucional que norteia as relações de consumo.

É preciso ressaltar que, em meio a uma pandemia sem precedentes na história recente da humanidade, medidas que busquem minimizar os graves prejuízos causados em razão das crises sanitária e econômica são salutares e louváveis, ainda mais quando, segundo cálculos feitos pela United Nations World Tourism Organization (UNWTO), em julho de 2020, esperava-se que os fluxos internacionais de turistas tivessem uma queda de 22% no ano de 2020, com decréscimo de receita de 20% a 30% no setor⁸. No Brasil, de acordo com estudos realizados pela Fundação Getúlio Vargas, a perda estimada para o setor de turismo no biênio 2020-2021 é de 21%.

Todavia, tais mecanismos de redução de prejuízo precisam estar em harmonia com os demais atos normativos do ordenamento jurídico e ficará demonstrado que não estão.

A Constituição Federal expressa, por pelo menos sete vezes, os direitos dos consumidores. Em um deles, no art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi determinado que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. Foi em quase dois anos, mas o Código de Defesa do Consumidor nasceu. A lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o CDC, completa 30 anos este ano e foi fruto da luta de

⁸ Dados disponíveis em: <https://jornal.usp.br/artigos/impactos-da-pandemia-no-setor-de-turismo>.

movimentos sociais e políticos, trazendo uma série de ferramentas para a proteção do consumidor.

Nesse sentido, afirma a professora Cláudia Lima Marques (2009, p. 27) que “a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos direitos dos consumidores no Brasil [...], garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor”.

O Código de Defesa do Consumidor traz em seu bojo o princípio da vulnerabilidade do consumidor, cuja presunção ainda se mantém absoluta. O Código veio para consolidar esse importante princípio no ordenamento jurídico brasileiro, disciplinando expressamente o que na Constituição Federal de 1988 encontrava-se implícito:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – **reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo**; (Grifo nosso)

Conforme a doutrina de Rizzatto Nunes (2009, p. 129-130):

a vulnerabilidade é carga valorativa de direito material que usufrui de presunção absoluta, da mesma maneira, sua legalização representa a harmonia de dois outros princípios fundamentais para ordem jurídica, que são a razoabilidade e a proporcionalidade.

Assim, o princípio da vulnerabilidade do consumidor é o ponto de partida de todo o microsistema de proteção do consumidor, tamanha sua importância. Segundo Antônio Herman V. e Benjamin, no prefácio do livro de Moraes (1999, p. 10):

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica (...) A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor.

Dessa forma, a adoção de medidas de proteção de setores como turismo e entretenimento não pode ocorrer em detrimento da garantia dos direitos historicamente conquistados pelos consumidores e de princípios basilares do seu sistema.

Além disso, faz-se necessário trazer à baila outro importante princípio em que se firma o Código de Proteção do Consumidor, o princípio da harmonia das relações de consumo, referido no inciso III do artigo 4º, que preleciona:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

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;

Analisando-se este princípio, percebe-se que ele visa resguardar os consumidores também em momentos como esse, pois seria desarrazoado acreditar que em frente a uma grave crise econômica mundial o consumidor merecesse ou precisasse de menos proteção. São em períodos assim que temos que garantir que a relação consumerista se mantenha em equilíbrio e que a balança não penda para nenhum dos lados.

A pandemia de Covid-19 que acomete o mundo, e de forma profunda o Brasil⁹, prejudica importantes setores da economia, como aqueles que a Medida Provisória aqui estudada visa proteger, mas também ataca de forma severa os consumidores. Segundo pesquisa realizada pela Confederação Nacional das Indústrias¹⁰, 40% da população brasileira teve perda parcial ou total da sua renda. Outro importante ponto revela que 77% dos entrevistados têm medo de perder o emprego e já demonstra redução no seu poder de consumo. O que se infere é que o consumidor continua e continuará sendo o polo vulnerável da relação e criar mecanismos que protejam em demasia os fornecedores só ampliará o abismo existente entre esses dois polos.

Nesse ponto, cumpre trazer ao debate o fato de o legislador constituinte originário ter colocado no mesmo patamar, como princípio da ordem econômica, a livre concorrência e a defesa do consumidor¹¹. Assim, verifica-se que embora a

⁹ De acordo com dados atualizados do dia 22 de maio pelo portal G1, o Brasil já confirmou 332.382 casos do novo coronavírus (Sars-CoV-2), com 21.116 mortes (<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/22/casos-de-coronavirus-e-numerode-mortes-no-brasil-em-22-de-maio.ghtml>).

¹⁰ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/perda-total-ou-em-parte-da-rendamensal-ja-atingiu-40-dos-brasileiros>

¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor;

Constituição tenha consagrado um modelo capitalista, baseado na livre iniciativa e na propriedade privada, ela buscou resguardar a proteção e defesa do consumidor, garantindo efetividade a direitos fundamentais.

Assim, a edição da Medida Provisória nº 948/2020 merece críticas, não pelo seu fundamento que – repise-se – é compreensível, mas por seu conteúdo. As condições dos consumidores, com a sua implementação, acabam sendo agravadas, atingindo em cheio outro princípio, o da vedação ao retrocesso social, que se apresenta como mecanismo de proteção jurídica.

O princípio da vedação ao retrocesso não se encontra expresso na Constituição brasileira, sendo fruto da construção doutrinária e tendo como um de seus expoentes J. J. Gomes Canotilho. Esse importante doutrinador (CANOTILHO, 2006, p. 336) defende que é inconstitucional qualquer medida que proporcione supressão ou retirada de direitos sociais já garantidos pela Constituição Federal sem qualquer contrapartida compensatória. Assim, essa “redução” de direitos só seria possível se fossem “criados mecanismos jurídicos capazes de mitigar os prejuízos decorrentes da sua supressão”.

Importante esclarecer que esse princípio não defende a imutabilidade das normas garantidoras de direitos, mas visa conferir segurança jurídica aos cidadãos e a garantia de que qualquer ato que venha a suprimir direitos passe por uma apurada análise que possibilite a compensação de tais perdas.

Esse princípio assegura que o Estado deve sempre atuar de forma a ampliar progressivamente o campo de eficácia dos direitos fundamentais já estabelecidos, proibindo-se o retrocesso dos mesmos (FERNANDES, 2014, p. 588):

A ideia por trás do princípio da proibição de retrocesso é fazer que o Estado sempre atue no sentido de melhorar progressivamente as condições de vida da população. Qualquer medida estatal que tenha por finalidade suprimir garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade humana deve ser vista com desconfiança e somente por ser aceita se outros mecanismos mais eficazes para alcançar o mesmo desiderato forem adotados. Esse mandamento está implícito na Constituição brasileira e decorre, dentre outros, do art. 3º da Constituição de 1988, que inclui a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa e solidária entre objetivos da República Federativa do Brasil, sendo inconstitucional qualquer comportamento estatal que vá em direção contrária a esses objetivos²⁴ (MARMEELSTEIN, 2008, p. 267-268)

Mesmo não se tratando de um princípio expresso na Constituição, a vedação ao retrocesso vem ganhando espaço também nos tribunais superiores. O Supremo

Tribunal Federal se posicionou da seguinte forma quando da análise de retrocessos em direitos já conquistados pela sociedade:

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, **se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.** - (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP00125) – (Grifo nosso)

No âmbito do direito do consumidor, o Supremo Tribunal Federal também já utilizou a vedação ao retrocesso para fundamentar uma decisão, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 351750. A questão abordava um conflito entre o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia, acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio. Todavia, por já estar em vigência o Código de Defesa do Consumidor na época, bem como ser mais vantajoso ao consumidor no caso em questão, o Supremo Tribunal Federal aplicou este último, afirmando que outra medida poderia causar retrocesso nos direitos sociais:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. **2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.** 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. (RE 351750, Relator(a): Min. MARCO AURELIO, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009, PUBLIC 25-09-2009) – (Grifo nosso)

Assim, mesmo na atual conjuntura, em que se cria polarização em todas as discussões, como “respeito à vida x defesa da economia”, aqui também se observa uma discussão entre defesa da economia e respeito aos consumidores. Todavia, essa não é a melhor forma de resolução da situação, pois o consumidor vem sendo

igualmente (ou mais intensamente) impactado pela crise causada pela pandemia e com a edição da mencionada MP, ele é duplamente afetado.

Ora, são em momentos de grave crise que se faz necessário garantir a lisura das relações. Em especial, as de consumo, tendo em vista que o consumidor é e será um dos principais atores na retomada da economia, pois só há mercado porque há consumidor e somente este possibilitará a rápida saída desse tão complexo e traumático período.

3. ANÁLISE CRÍTICA DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DA MEDIDA PROVISÓRIA 948 DE 08 DE ABRIL DE 2020

Preliminarmente, já se consigna a opinião pessoal dos autores deste estudo, que será mais bem materializada no capítulo referente às conclusões: a Medida Provisória em estudo contém incongruências jurídicas palpáveis. O que mais nos chama atenção é alguma atecnia e afronta a institutos essenciais do direito privado, bem como sua questionável inconstitucionalidade.

Com graves erros técnicos, ao invés de minimizar os danos e apresentar efetivas e reais soluções, acaba por maximizar os problemas para a sociedade.

O texto em sua integralidade não é bom, mas o seu artigo 5º representa total afronta ao estado democrático de direito. Vejamos:

Art. 5º As relações de consumo regidas por esta Medida Provisória caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior e não ensejam danos morais, aplicação de multa ou outras penalidades, nos termos do disposto no art. 56 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O referido equívoco poderia ter sido sanado quando da conversão da medida provisória em lei, ocorrida em agosto de 2020, bem como na sanção presidencial, com o veto ao referido artigo, mas nenhuma medida foi adotada para corrigir este grave erro¹².

¹² Apenas um dispositivo foi vetado pelo presidente:

§ 3º do art. 2º

“§ 3º O fornecedor fica desobrigado de qualquer forma de ressarcimento se o consumidor não fizer a solicitação no prazo estipulado no § 1º ou não estiver enquadrado em uma das hipóteses previstas no § 2º deste artigo.”

Razões do veto

“A propositura legislativa, ao eximir o fornecedor de qualquer forma de ressarcimento pelo adiamento ou cancelamento de serviços, reservas e eventos dos setores de turismo, em razão da solicitação não ter sido feita no prazo estipulado, pode ensejar violação aos objetivos e princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, notadamente no que tange à vulnerabilidade do consumidor, previsto no inciso I, do art. 4º, da Lei nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).”

Nas relações de consumo, a escolha da responsabilidade civil objetiva é regra. Segundo nos ensina o ilustre professor José Geraldo Brito Filomeno (2015, p. 192-193), esta escolha, dentre outros fatores, se deu por levar em consideração a vulnerabilidade do consumidor, a produção em massa e pelo fato do fornecedor ter que responder pelos riscos que seus produtos acarretam.

Sabemos que as relações de consumo estão marcadas por desigualdades, pois de um lado temos o fornecedor de produtos e serviços, e do outro lado, temos o consumidor com sua vulnerabilidade. Deste modo, a responsabilidade subjetiva, pautada na exigência da comprovação de dolo e culpa, se torna totalmente incompatível.

Desta forma, aplica-se às relações de consumo a teoria do risco da atividade desenvolvida. Afinal, aquele que tem o ônus com o exercício de determinada atividade, precisa assumir também o ônus de eventuais riscos.

Sobre a teoria do risco da atividade, entende Karl Larenz (p. 665) que:

uma imputação mais intensa desde o ponto de vista social a respeito de uma determinada esfera de riscos, de uma distribuição de riscos de danos inerentes a uma determinada atividade segundo os padrões ou medidas, não da imputabilidade e da culpa, senão da assunção de risco àquele que cria ou domina, ainda que somente em geral.

É claro que não se pode afirmar que há culpa por parte dos fornecedores dos serviços de hospedaria, da mesma forma os produtores de eventos pelo cancelamento motivado em razão da Covid-19. Todavia, não se pode falar no elemento culpa, pois, como já destacamos, o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco da atividade. Por esse motivo, a lei de proteção ao consumidor não inclui como causas excludentes de responsabilidade o caso fortuito e a força maior.

Para o melhor entendimento, é importante explicar de forma pormenorizada as diferenças entre o caso fortuito interno, externo e o motivo por força maior.

Em linhas gerais, a força maior e o fortuito interno são hipóteses não evitáveis, mas possíveis de se prever pelo fornecedor para o exercício da atividade. Por esta razão, não excluem a responsabilidade perante o consumidor. Para ilustrar, podemos apresentar a hipótese de um piloto de avião que apresenta problemas de saúde

Além disso, o dispositivo está em desconexão com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, disposto nos artigos 884, 885 e 886, da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil), haja vista possibilitar em descumprimento negocial entre as partes.”

durante um voo e acaba ocasionando um acidente. Mesmo que se trate de um caso fortuito e inevitável, como se trata de um risco inerente à própria atividade, não impede o dever de indenizar.

Ainda, utilizando o contrato de transporte aéreo como exemplo de fortuito interno, imaginemos que por questões climáticas o voo seja cancelado. A empresa de aviação não pode se negar a indenizar os consumidores que sofreram danos, pois tal possibilidade é peculiaridade que integra a prestação deste serviço.

Hipótese distinta ocorre quando o evento é totalmente imprevisível. São os casos de tsunamis, terremotos, erupção de vulcões e, claro, pandemias como a que estamos vivendo. Esses são exemplos de fortuitos externos, ou seja, eventos que não têm como fazer parte do raio de previsão do empreendedor. Todavia, com base no princípio constitucional da boa-fé (art. 422 do Código Civil Brasileiro), cabe ao fornecedor garantir o mínimo de assistência necessária aos consumidores, como alimentação, hospedagem (Resolução nº 400/2010 da ANAC).

Neste último caso, dizemos que as empresas não podem responder por eventuais atrasos ou cancelamentos. Da mesma forma, não podem os consumidores sofrerem qualquer tipo de punição e devem ser desobrigados quanto aos pagamentos de taxas extras, multas, bem como, fazem jus ao recebimento dos valores pagos, caso não possam ou não queiram mais viajar em data futura.

Deste modo, conclui-se que, quando se tratar de fortuito externo não se pode responsabilizar nenhuma das partes da relação, nem o fornecedor, muito menos o consumidor.

Por este motivo, entendemos estar gravemente viciada a Medida Provisória nº 948/2020.

Avançando na análise, observamos no art. 2º da Medida Provisória em comento, a previsão de que o consumidor não terá os valores pagos reembolsados nos contratos de prestação de serviços, de reservas e de eventos, com shows e espetáculos, quando for assegurada a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos cancelados, a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos, disponíveis nas respectivas empresas ou outro acordo a ser formalizado com o consumidor.

O texto ainda prevê prazo de 12 (doze) meses, a contar após o término da pandemia, para que o crédito seja utilizado pelo consumidor sem o pagamento de taxas e multas – seria inaceitável pensar o contrário.

Como se não fosse o bastante, o § 3º do art. 2º destaca que a sazonalidade dos valores originalmente contratados precisa ser respeitada. Ou seja, se o consumidor pagou por um evento o importe de R\$ 200 (duzentos reais), poderá utilizar esse crédito em até 12 meses após o fim da pandemia, mas não será descartada a possibilidade de utilizar o crédito e ainda ter que complementar para usufruir do mesmo serviço em data futura. De fato, um verdadeiro show de horrores. Inacreditável!

Técnica e juridicamente, sobre os casos narrados defendemos a possibilidade de composição entre consumidores e fornecedores. Agora, mais do que nunca, o diálogo é essencial. Preliminarmente, avaliando a possibilidade de manutenção dos contratos para execução em data futura. Assim, não prejudicamos ou inviabilizamos ainda mais setores tão severamente agredidos e descapitalizados pelo atual momento. Setores que geram empregos e precisam de incentivos para não aumentarem o índice de desemprego em nosso país, principalmente neste momento. Frisamos, a indústria do entretenimento é a 3ª (terceira) que mais gera emprego e renda no mundo. Logo, não podemos ignorar essa importante cadeia produtiva.

Apesar disso, não havendo tal possibilidade, não é razoável, ainda mais e nem mesmo durante este momento, excluir do consumidor o seu direito garantido à restituição do valor pago com a não execução do contrato por causa alheia à sua vontade. Ou seja, em razão a um fortuito externo, não devendo responsabilizar nenhuma das partes da relação.

Finalmente, não há menor dúvida que estamos passando por um período difícil para todos. As dificuldades e as necessidades não são prerrogativas para os consumidores, nem mesmo para os fornecedores. Empresas estão fechando em todo o mundo, a cada novo dia, e os consumidores também estão passando por dificuldades extremas, pois, como sublinhamos anteriormente, muitos já perderam seus empregos e rendimentos.

Conforme também já fora destacado, estamos diante de um fortuito externo. Ninguém poderia imaginar ou muito menos prever que passaríamos por situação semelhante. Por isso, não podemos sancionar, nem mesmo responsabilizar um setor, independente de qual seja. Um direito não pode ser retirado de forma impositiva como faz a Medida Provisória.

Cabe ressaltar que a campanha criada pelo setor de aviação, que se destina à Medida Provisória 948, intitulada “Não cancele, adie”, foi feita para incentivar a

manutenção dos eventos e viagens comprados antes da pandemia. No entanto, em se tratando de um estado democrático de direito, a vontade do consumidor não pode ser tolhida, principalmente por força de lei.

À vista disso, reforçamos nosso ponto de vista a respeito da necessidade dos nossos representantes, em todas as esferas, atuarem de forma sensível, equilibrada e com senso de urgência. Precisamos agir mais como conciliadores e menos como incendiadores de novos litígios e querelas. Inclusive, essa reflexão cabe a todos nós, cidadãos, juristas, políticos ou não, pois o momento exige mais união e menos dessa polarização inútil que só nos gasta tempo e energia. Talvez essa seja a principal lição e mensagem que todos esses acontecimentos queiram e precisam nos passar.

CONCLUSÃO

A Medida Provisória nº 948/2020 foi editada sob a justificativa de conferir maior segurança jurídica aos setores de turismo e entretenimento, haja vista que, em razão da pandemia, entendia-se que o Código de Defesa do Consumidor sozinho poderia – por mais contraditório que pareça – não garantir o equilíbrio e a harmonia das relações de consumo nesse atípico momento em que estamos vivendo. Assim, com o receio de uma judicialização em massa, a referida MP surgiu para possibilitar uma pacificação nos casos de cancelamento de eventos, viagens, hospedagens, dentre outros.

Todavia, como vem sendo defendido ao longo do presente artigo, a supramencionada medida provisória padece de graves equívocos que impossibilitariam sua permanência no ordenamento jurídico pátrio.

A medida provisória, como qualquer outro ato normativo, deve guardar pertinência formal e material com a Constituição Federal, o que não se demonstra nesse caso. Como um dos fundamentos, apresenta-se a tese que já vem sendo defendida na doutrina e na jurisprudência sobre a garantia da eficácia dos direitos fundamentais também nas relações privadas. Assim, esse fundamento – por mais recente que seja seu debate – já seria suficiente para declarar a grave inconstitucionalidade da medida.

Além disso, a norma aqui estudada também entra em rota de colisão com direitos sociais já conquistados pelos cidadãos e fere de morte o princípio da

vulnerabilidade do consumidor, indo de encontro ao princípio implícito da vedação ao retrocesso desses direitos.

No ordenamento jurídico, os princípios são como um alicerce, uma base que sustenta todas as vertentes do seu conhecimento, são os pilares da ciência jurídica. Violar um princípio deveria é mais grave que violar um dispositivo legal, pois sua transgressão configura a negação dos fundamentos de onde surgiram todas as regras existentes.

Assim, ao violar e ignorar por completo a vulnerabilidade do consumidor, a Medida Provisória nº 948 compromete todo um sistema de proteção e garantias sociais fundamentais, conquistadas ao longo de décadas. Frutos de muita luta, suor e sangue.

Aqui, por óbvio, não se busca a falência das empresas. Pelo contrário, com a extinção de fornecedores, além de comprometer a geração de emprego, desenvolvimento e renda em todo o país, coloca em xeque o direito de livre escolha dos consumidores, e, por consequência, pode dar causa ao monopólio das relações comerciais de consumo.

Contudo, levando em consideração a retirada de direitos básicos dos consumidores – como a restituição simples dos valores, buscamos a possibilidade de alteração em determinados pontos da medida provisória, sob pena de tornar inviável sua existência por total contradição ao ordenamento jurídico pátrio em vigor. Por exemplo, com a garantia de devolução dos valores aos consumidores, mesmo que em um prazo maior a ser convencionado pelas partes.

Ademais, a favor da harmonia e do equilíbrio das relações entre consumidores e empresários, defendemos ainda o não cabimento de indenização por perdas e danos. Possibilidade totalmente inadequada por se tratar de um fortuito externo que tem gerado prejuízos a todos. Todavia, é necessário destacar que o dano não é uma consequência direta da pandemia, ele nasce em razão de um ato ilícito praticado pelo fornecedor e que pode e deve ser analisado por um juiz em ação própria. Conferir uma espécie de salvo-conduto nesses casos e impedir que o consumidor busque reparação no poder judiciário é mais uma medida desarrazoada trazida pela MP e que fere, mais uma vez, a Constituição Federal de 1988.

Por fim, acreditamos que, em momento tão sensível e complexo da humanidade, mais do que nunca, as diretrizes e os sentimentos que devem nortear toda e qualquer ação e decisão são a solidariedade, a empatia, o bom senso e a busca

concreta de soluções por meio do diálogo. Colocando essa teoria em prática encontraremos soluções em conjunto, possibilitando a manutenção das empresas e garantindo o pleno respeito aos direitos conquistados e assegurados aos consumidores.

Precisamos compreender que na atual quadra histórica não existem culpados. Longe disso, todos são vítimas, todos estão sofrendo e acumulando prejuízos recuperáveis, mas também os não resgatáveis.

Lamentavelmente, algumas pessoas perderam seus rendimentos, outras perderam seus empregos; empresas tiveram que fechar as suas portas, outras decretaram falência; estados e municípios, por exemplo, tiveram perdas consideráveis na arrecadação; mais do que tudo isso, milhares de pessoas já perderam as suas vidas, e, infelizmente preciso frisar que essas vidas não voltarão.

Por tudo isso, reafirmo: não há vencedores. Estamos do mesmo lado e estamos todos perdendo. Precisamos nos colocar mais no lugar do próximo e buscar o diálogo com razoabilidade e bom senso, esta é a única forma de sobreviver e avançar.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Perda total ou em parte da renda mensal já atingiu 40% dos brasileiros**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/perda-total-ou-em-parte-da-renda-mensal-ja-atingiu-40-dos-brasileiros>>. Acesso em 19. mai. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista de Direito Administrativo. v. 240. Rio de Janeiro. Abr./Jun. 2005, p. 1-42.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2006

EHRHADT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Direitos fundamentais e as relações privadas: superando a (pseudo)tensão entre aplicabilidade direta e eficácia indireta para além do patrimônio**. Revista Jurídica. n. 04, nº 53, Curitiba, 2018, p. 326-356.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

G1. **Com 518 óbitos por Covid-19 em 24h, Brasil chega a quase 210 mil.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/01/17/casos-e-mortes-por-coronavirus-no-brasil-em-17-de-janeiro-segundo-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml>>. Acesso em: 18. jan. 2021.

JORNAL DA USP. **Impactos da pandemia no setor de turismo.** Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/impactos-da-pandemia-no-setor-de-turismo/>>. Acesso em: 17. jan. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, t.II, p. 665. Apud MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Introdução ao Direito do Consumidor.** In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Marques, Claudia Lima. Bessa, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.** Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 24

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** ed. 13ª. São Paulo: Malheiros, 2013.